Die Sicherung der Kapitalaufbringung im englischen und deutschen Aktienrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Claus Drude

1972

München 1971

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546016_0086

Die Sicherung der Kapitalaufbringung im englischen und deutschen Aktienrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Claus Drude

München 1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Privatdozent Dr.jur. Günther Grasmann

Zweitgutachter: Prof. Dr. Ernst Steindorff

Tag der mündlichen Prüfung: 11.7.1972

To a delightful English lady

Vorwort

Die im Herbst 1971 abgeschlossene Arbeit greift eine Thematik auf, die Prof.Lutter 1964 bei den Rechtsordnungen der EWG-Mitgliedsstaaten untersucht hat[1]. Mit dem Vergleich der englischen und deutschen Regelungen, die der Kapitalaufbringung dienen, soll dem grundlegenden Werk Lutters eine Paralleluntersuchung zur Seite gestellt werden.

Daneben verfolgt die Arbeit das Ziel, über denjenigen Bereich des englischen Gesellschaftsrechtes Auskunft zu geben, der vor allem für die Praxis im Wirtschaftsbereich von Bedeutung ist. Die vergangenen Jahre standen im Zeichen der Verhandlungen und Vorbereitung des Beitritts Großbritanniens in den Gemeinsamen Markt. Dieser Beitritt wird den Wirtschaftsverkehr zwischen Großbritannien und der Bundesrepublik in entscheidender Weise intensivieren. Sobald nämlich Großbritannien Mitglied der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wird, wird der Wirtschaftsverkehr zwischen beiden Staaten nicht mehr durch Hindernisse wie etwa Zollschranken gehemmt sein. Es werden vielmehr die für die EWG-Mitgliedsstaaten bestehenden liberalen Vorschriften gelten. Diese sind von dem Grundsatz des freien Waren- und Kapitalverkehrs sowie der Niederlassungsfreiheit geprägt[2]. Der ungehinderte Wirtschaftsverkehr zwischen Großbritannien und der Bundesrepublik wird aber Fragen für alle Personen aufwerfen, die in Rechtsbeziehung zu britischen Gesellschaften treten werden: So werden

---

1) M.Lutter: Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG

2) Im Bereich des Warenverkehrs sind seit 1.Juli 1968 die Zölle und die mengenmäßige Beschränkung bei der Einfuhr zwischen Mitgliedsstaaten der EWG grundsätzlich aufgehoben. Im Bereich des freien Kapitalverkehrs sind auf Grund der Richtlinien vom 2.Mai 1960 und 18. Dezember 1962 die devisenrechtlichen Beschränkungen des Kapitalverkehrs weitgehend abgebaut. So ist nahezu der gesamte börsengängige Handel liberalisiert. Ebenso beseitigt sind die Beschränkungen für Direktinvestitionen, für Anleihen sowie für mittel- und langfristige Kredite, die in Verbindung mit Handelsaktionen stehen. Der Entwurf einer dritten Richtlinie wurde dem Rat im Februar 1967 vorgelegt, vgl. hierzu im einzelnen Bärmann, Europäische Integration im Gesellschaftsrecht, 1970, S.119 ff

deutsche Investoren, die in England eine Gesellschaft gründen oder eine Beteiligung an einer solchen erwerben wollen, interessiert sein zu erfahren, welche Voraussetzungen im englischen Recht bei der Schaffung oder Erweiterung der Kapitalbasis einer englischen Gesellschaft zu beachten sind. Ebenso müssen sie als Aktionäre wissen, ob und wie sich der Wert ihrer Beteiligung durch Maßnahmen der englischen Gesellschaft im Bereich der Kapitalbeschaffung verändern, insbesondere verringern kann.
Für deutsche Unternehmer, die an britische Gesellschaften Waren geliefert oder Kredite vergeben haben, ist von Interesse, welcher Schutz nach englischem Recht für Gesellschaftsgläubiger besteht, insbesondere wie die Aufbringung und Sicherung des Gesellschaftskapitals geregelt ist, und welche Unterschiede hier zum deutschen Recht bestehen.

Mit der Erörterung der englischen Regelungen zur Kapitalaufbringung sollen diese Fragen beantwortet werden. Dies soll dazu beitragen, daß Entscheidungsträger innerhalb des Wirtschaftsbereiches über die notwendige Information verfügen, wenn sie in Wirtschaftsbeziehungen zu englischen Unternehmen stehen oder solche aufnehmen wollen.

Für meine Vorarbeiten standen mir die Bibliotheken des Instituts für Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht der Universität München, des University College London, des Institute for Advanced Legal Studies London sowie der London School of Economics offen. An all diesen Orten habe ich die freundlichste Unterstützung gefunden. Hierfür bedanke ich mich auf das herzlichste.

Der Verfasser

München, im Winter 1971

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XXII
Einleitung	
§ 1 Aktienkapital und der Grundsatz der Kapitalaufbringung	1
A. Die Funktion des Aktienkapitals	1
I. Die Garantiefunktion des Aktienkapitals	1
II. Das Aktienkapital als Betriebskapital	3
B. Der Kapitalbegriff	4
I. Englisches Recht	4
II. Deutsches Recht	9
III. Vergleich	10
C. Der Grundsatz der Kapitalaufbringung	11
I. Allgemein	11
II. Englisches und deutsches Recht	11b
Hauptteil: Die Kapitalaufbringung und ihre Sicherung	12
§ 2 Kapitalaufbringung und Gründung der Gesellschaft	12
A. Die Kapitalaufbringung als Gründungsvoraussetzung	12
I. Deutsches Recht	12
II. Englisches Recht	12
B. Das Mindestaktienkapital	14
I. Deutsches Recht	14
II. Englisches Recht	14
III. Vergleich	15
C. Der Mindestnennbetrag der Aktien	16
I. Deutsches Recht	16
II. Englisches Recht	16
III. Vergleich	17
D. Der Umfang der Kapitalübernahme	18
I. Deutsches Recht	18
II. Englisches Recht	19
III. Vergleich	23

Seite

E. Die Formen der Kapitalübernahme 26
I. Englisches Recht 26
II. Deutsches Recht 26
III. Vergleich 27

F. Die Mindesteinzahlung 28
I. Englisches Recht 28
II. Deutsches Recht 29
III. Vergleich 29

§ 3 Übernahme und Zeichnung des Kapitals 31

A. Die Übernahme von Aktien 31
I. Englisches Recht 31
1. Rechtsnatur der Übernahme und Entstehung der Zahlungsverpflichtung 31
2. Rechtsmängel 32
II. Deutsches Recht 35
1. Rechtsnatur und Entstehung der Zahlungsverpflichtung 35
2. Rechtsmängel 35
III. Vergleich 40

B. Die Zeichnung von Aktien 41
I. Englisches Recht 41
1. Rechtsnatur der Zeichnung 41
2. Widerruf der Zeichnung 41
3. Bedingbarkeit der Zeichnung 42
4. Rechtsmängel der Zeichnung 43
5. Sonderregelungen des Companies Act 44
II. Deutsches Recht 46
1. Rechtsnatur des Zeichnungsvertrages 46
2. Bedingbarkeit der Zeichnung 47
3. Rechtsmängel der Zeichnung 47
III. Vergleich 48

C. Die Effizienz der Zeichnung bzw. Übernahme von Aktien 50
I. Der originäre Erwerb eigener Aktien 50

Seite

1. Englisches Recht 50

a) Der unmittelbare Erwerb eigener Aktien 50
b) Der mittelbare Erwerb eigener Aktien 51

2. Deutsches Recht 54

a) Der unmittelbare Erwerb eigener Aktien 54
b) Der mittelbare Erwerb eigener Aktien 54

3. Vergleich 55

II. Die gegenseitige Kapitalübernahme von Gesellschaften 55

1. Englisches Recht 56

a) Gegenseitige Kapitalübernahme im Gründungsstadium 56
b) Gegenseitige Kapitalübernahme nach der Gründung 56

2. Deutsches Recht 58

a) Gegenseitige Kapitalübernahme im Gründungsstadium 58

b) Gegenseitige Kapitalübernahme nach der Gründung 59

3. Vergleich 60

§ 4 Das Verbot der Unterpari-Emission 61

A. Englisches Recht 61

I. Grundsatz 61

II. Ausnahmen 63

1. Unterpari-Emission bei Kapitalerhöhung 63

2. Gewährung von Kommission 64

a) Die Arten der Kommission 64
b) Die Auswirkung der Kommission 65
c) Die Beschränkung der Kommission 66

3. Unterpari-Emission bei Sacheinlagen 68

4. Die Gewährung von Zinsen bei Vorausleistung 68

5. Der gutgläubige Erwerb nicht vollbezahlter Aktien 70

Seite

III. Unterpari-Emission und Wandelschuldverschreibung 70

IV. De lege ferenda 71

B. Deutsches Recht 72

I. Grundsatz 72

II. Ausnahmen 73

1. Der gutgläubige Erwerb nicht vollbezahlter Aktien 73

2. Unterpari-Emission und Wandelschuldverschreibung 74

C. Vergleich 75

§ 5 Die finanzielle Hilfe bei der Zeichnung von Aktien 78

1. Englisches Recht 78

a) Grundsatz 78
b) Rechtsfolgen 79
c) De lege ferenda 80

2. Deutsches Recht 80

a) Grundsatz 80
b) Rechtsfolgen 81

3. Vergleich 81

§ 6 Die Einlageverpflichtung 82

A. Der Schuldner der Einlageverpflichtung 82

I. Englisches Recht 82

1. Grundsatz 82

2. Der Schuldner nach Aktienübertragung 82

3. Die Geltendmachung des Anspruches auf Leistung der Einlage 84

II. Deutsches Recht 84

1. Regelung 84

2. Die Geltendmachung des Anspruches auf Leistung der Einlage 85

III. Vergleich 85

Seite

B. Die Arten der Leistung 85

I. Die Bareinlagen 85

1. Englisches Recht 85

a) Das 'negotiable instrument' 86
b) Die Aufrechnung 86
c) Die Leistung an Erfüllungs Statt 88

2. Deutsches Recht 90

a) Die Leistung vor Eintragung der Gesellschaft 90
b) Die Leistung nach Eintragung der Gesellschaft 91

3. Vergleich 92

II. Die Sacheinlagen 94

1. Die Einlagefähigkeit von Sacheinlagen 94

a) Allgemein 94

aa) Englisches Recht 94
bb) Deutsches Recht 96

b) Die Einbringung gegen die Gesellschaft gerichteter Forderungen 97

aa) Englisches Recht 97
bb) Deutsches Recht 98

c) Die Einbringung eigener Aktien 99

aa) Englisches Recht 99
bb) Deutsches Recht 99

d) Vergleich 100

2. Die Bewertung der Sacheinlagen 101

a) Englisches Recht 101

aa) Der Grundsatz der Bewertungsfreiheit 101
bb) Grenzen der Bewertungsfreiheit 101
cc) Überprüfung der Bewertung 102
dd) Rechtsfolgen unzulässiger Bewertung 102
ee) Die Werthaftung Dritter 104
ff) Umgehung der Bewertungsgrenzen 105

b) Deutsches Recht 106

aa) Grundsatz der Wertgleichheit 106
bb) Überprüfung der Bewertung 106
cc) Rechtsfolgen der Überbewertung 108
dd) Werthaftung Dritter 108
ee) Umgehung des Grundsatzes der Wertgleichheit 110

Seite

3. Sacheinlagen und Publizität 111

a) Englisches Recht 111

aa) Bericht an die Registerbehörde 111
bb) Offenlegung im Prospekt 111
cc) Darlegung im Bericht der Direktoren 113

b) Deutsches Recht 113

aa) Feststellung in der Satzung 113
bb) Angaben an das Registergericht 113
cc) Bekanntgabe durch das Registergericht 113

4. Vergleich 114

C. Die Fälligkeit der Einlageverpflichtung 115

I. Englisches Recht 115

1. Fälligkeit der Barleistung 115

2. Die Fälligkeit der Sachleistung 116

3. Aufschub der Fälligkeit und Stundung 116

II. Deutsches Recht 117

1. Die Fälligkeit der Barleistung 117

2. Die Fälligkeit der Sachleistung 117

3. Die Stundung der Einlageforderung 118

III. Vergleich 118

D. Die Sicherung der Leistung 119

I. Englisches Recht 120

1. Lien 120

2. Forfeiture 120

3. Surrender 122

4. Der Ausschluß bei der Leistung von Sacheinlagen 122

II. Deutsches Recht 122

III. Vergleich 124

E. Der Erlaß der Einlageverpflichtung 124

Schluß

	Seite
§ 7 Zusammenfassung und Würdigung	126
A. Deutsches Recht	126
I. Grundsätzliche Auffassung	126
II. Die Mittel der Verwirklichung	126
B. Englisches Recht	126
I. Grundsätzliche Auffassung	126
II. Auswirkung im Bereich der Kapitalaufbringung	128
C. Würdigung	128
I. Die Notwendigkeit des Gläubigerschutzes	128
II. Die Berechtigung der realen Kapitalaufbringung als Gläubigerschutz	129
III. Der unzureichende Schutz durch Publizität	129
D. Ergebnis	132

Literaturverzeichnis

A. England

1. Lehrbücher und Monographien

Bates, J.	The Financing of Small Business, London 1964
Baxter, W.T. and Davidson, S.	Studies on Accounting Theory, 2.Aufl. London 1962
Beattie, C.N.	Corporation Tax, 2.Aufl. London 1966
Books, W.C.	Company Finance, London 1939
Bull, R.J.	Accounting in Business, London 1969
Chambers, R.J.	Financial Management, 3.Aufl. London o.J.
Chance, E.W.	Prinziples of Mercantile Law, 18.Aufl. London 1967
Charlesworth, J.	Company Law, 9.Aufl. London 1968
-	Mercantile Law, 11.Aufl. London 1967
Cheshire, G.C. and Fifoot, C.H.S.	Law of Contract, 7.Aufl. London 1969
Crossley - Vaines, J.	Personal Property, 3.Aufl. London 1962
Crosswell, C.	National Business Techniques: Legal and Financial Aspects, Oceana 1963
Derriman, J.	Company-Investor Relations; An Introduction to Financial Public Relations for British Companies, London 1969
Farrar, H.	Elements of Company Law, 9.Aufl. London 1966
Fogarty, M.	Company and Corporation: One Law? London 1965
-	A Companies Act 1970? London 1967
Goitein, H.	Company Law, London 1960
Gore-Browne	Handbook on Joint Stock Companies, London 1952

Gower, L.C.B.	The Principles of Modern Company Law, 3.Aufl. London 1969
-	Notes of a Lecture on the Law of Contract (including Mercantile Law and Company Law), London 1953
Griffiths and Taylor	Principles of Company Law, London 1962
Hadden, T.	The Control of Company Fraud, London 1968
Hornby, J.A.	Introduction to Company Law, London 1966
Henderson, R.F.	The New Issue Market, Cambridge 1961
Ivamy, E.R.H.	Casebook on Mercantile Law, London 1967
Jones	Students Guide to Company Law, London 1955
Jordan	Company Law and Practice, London 1951
Kuhn, A.	A Comparative Study of the Law of Corporation, New York 1912
Light, H.R.	Legal Aspects of Business, 6.Aufl. London 1965
Lowe, R.	Commercial Law, 2.Aufl. London 1967
Merret	Equity Issues and the London Capital Market, London 1967
-	Capital Budgeting and Company Finance, London 1966
Merrit, N. and Clayton, E.G.	Business Law, London 1966
Paget, J.	Law of Banking, 7.Aufl. London 1966
Paish	Business Finance, London 1968
Palmer, F.B.	Company Guide, 37.Aufl. London 1961
-	Company Law, 21.Aufl. London 1968
-	Company Precedents Bd. I London 1956 Bd.II London 1960

Pennington, R.R.	Partnership and Com any Law, London 1962
-	Companies in the Common Market, London 1966
-	Company Law, 2.Aufl. London 1967
-	The Investor and the Law, London 1968
Powell-Smith, V.	The Law and Practice Relating to Company Directors, London 1969
Randall	Issue Control and Regulation of Capital, Cambridge 1951
Ranking and Spicer	Company Law, London 1955
Reeday, T.G.	Law Relating to Banking, London 1968
Richardson, D.	Guide to Negotiable Instruments and the Bills of Exchange Acts, 3.Aufl. London 1963
Rose	The Internal Finance of Industrial Undertakings, London 1958
Sim, S. and Powell-Smith	Questions and Answers on Company Law, London 1969
-	Casebook on Contract, London 1968
Sim, S.	Casebook on Company Law, London 1968
Sims	Controls on Company Finance, London 1958
Slater, J.A.	Mercantile Law, 15.Aufl. London 1965
Smith, K. and Keenan, D.J.	Company Law, London 1966
Stevens, T.M. and Borrie, G.J.	Elements of Mercantile Law, 15.Aufl. London 1969
Sutton and Shannon	Contracts, 7.Aufl. London 1970
Tew, I.H.D.	Studies on Company Finance, Cambridge 1959
Thomas, S.E.	The Rise and Growth of Joint Stock Banking, 2 Bde., London 1934
Topham, A.F.	Company Law, London 1953

Topham, A.F. and Ivamy, E.R.H.	Company Law, 13.Aufl. London 1967
Touche, A.G.	Accounting Requirements of the Companies Acts, London 1967
Wilson, H.A. and South, R.J.	Company Law, 10.Aufl. London 1955

2. Kommentare und Nachschlagwerke

Board of Trade	Report of the Company Law Committee, Cmnd.1749, London 1962
-	Report of the Company Law Committee, Cmnd.6659, London 1945
Buckley, D.B.	Companies Act, 13.Aufl. London 1957 Supplement London 1968
Halsbury, Earl of	The Laws of England, Bd.6: Companies, 3.Aufl. London 1954
-	Statutes of England, 3.Aufl. London 1969
Her Majesty's Stationery Office	Companies Act 1948, London 1948
-	Companies Act 1967, London 1967
Magnus, S.W. and Estrin, M.	Company Law and Practice, 4.Aufl. London 1968
Magnus, S.W.	Companies Act 1967, London 1968
Reid, J.A. and Brand, H.B.L.	English and Empire Digest Bd.9: Companies, London 1955 Bd.10: Companies, London 1956

3. Dissertationen

Anderson, D.	Legal Relations between Parent and Subsidiary Companies, London 1960
Jefferys, J.B.	Trends in Business in Great Britain since 1856, with special Reference to the Financial Structure of Companies, the Mechanism of Investment and the Relations between the Shareholder and the Company, London 1938

Murrey, P. — The Concept of Corp rate "Control" in English Company and Tax Law, London 1963

Vandyk, N.D. — Economic Aspects of Company Law Reform 1908-1948, London 1950

4. Aufsätze und Abhandlungen

Escarra, Some Points of Comparison between the Companies Act 1948 and the French Law of Company, in: Cambridge Law Journal 1951 Bd.II S.15 ff.

Gower, L.C.B., Company Law Reform, in: Malaya Law Review 1962 Bd.IV S.36 ff.

Hornsey, G., Share Values and Premiums, in: Law Quarterly Review 1951 Bd.67 S.522 ff.

Oppenheimer, F., Foreign Persons, Firms and Corporations doing Business in Germany, in: Columbia Law Review 1930 Bd.30 S.986 ff.

Pennington, R.R., Company Law Reform in Great Britain, in: Common Market Law Review 1963 Bd.1 (Juni) S.58 ff.

Pennington, R.R., Entwicklungstendenzen im englischen Aktienrecht, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Bd.126 (1964) S.338 ff.

Rice, D.G., Foreign Companies in Great Britain, in: Journal of Business Law 1962 S.55 ff.

Rix, M., The Value of Bonus Issues, in: Economica, New Series Bd.XIX, No.73, 1952 (Februar) S.44 ff.

Rose, Liability of Public Corporations in England and America, in: Vanderbilt Law Review 1948 Bd.2 S.83 ff.

Rosendorff, The New German Company Law and the English Companies Act 1929, in: Journal of Comparative Legislation and International Law, England 1932 Bd.14, S.94 ff.; Bd.15, S.112 ff., S.242 ff.

Schmitthoff, C., Judicial Reform of Company Law in United Kingdom, in: Malaya Law Review 1962 (Juli) Bd.4 S.76 ff.

Ders., Das Prinzip der gesamtwirtschaftlichen Verantwortlichkeit im englischen Aktienrecht, in: Archiv für zivilistische Praxis, Bd.163, S.46 ff.

Scholten, Company Law in Europe, in: Common Market Law Review 1967 (März) Bd.4 S.377 ff.; 1967 (Juni) Bd.5, S.9 ff.

Schuster, British Companies in Germany, in: Journal of Comparative Legislation and International Law 1903 Bd.5 S.100 ff.

Thompson, Creation of a European Company, in: International and Comparative Law Quarterly 1968 (Januar) Bd.17 S.183 ff.

Yamey, The Law Relating to Company Dividends, 1941, 4 Modern Law Review S.273 ff.

B. Deutschland

1. Lehrbücher und Monographien

Ballerstedt, K.	Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949
Balser, H.	Die Aktiengesellschaft, Bd.I, Baden-Baden 1966
Balser, H. und Pichura, V.	Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften in Deutschland, Baden-Baden 1958
Bartholdy, K.	Zweigbetriebliche Niederlassungen und Beteiligungen im Ausland, München 1963
Barz, H.C. u.a.	Das Frankfurter Publizitätsgespräch, Frankfurt a.M. 1962
Baumann, J.	Das Recht der Handelsgesellschaften im englischen Rechtskreis, Berlin 1961
Beitzke, G.	Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, München und Berlin 1938
Bender, H.	Deutsches und englisches Aktienrecht, Berlin 1936
Boor, H.O. de	Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform, Berlin 1934
Brönner, H.	Die Bilanz nach Handels- und Steuerrecht, 7.Aufl. Stuttgart 1968
Brox, H.	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
Burth, J.	Die Enteignung von Aktionärsrechten durch ausländische Staaten, Bielefeld 1967
Curti, A.	Englisches Privat- und Handelsrecht, Berlin 1927

Delbrück	Das Recht am Register d Share der englischen Public Limited Company, Köln 1964
Drobnik, U.	Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt a.M. u.Berlin 1959
Flume, W.	Grundfragen der Aktienrechtsreform, Düsseldorf 1960
–	Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1958
Georgakopoulos, L.N.	Die Gründung der Aktiengesellschaft, Hamburg 1959
Grasmann, G.	System des internationalen Gesellschaftsrechts, Herne-Berlin 1970
Hallstein, W.	Die Aktienrechte der Gegenwart, Berlin 1931
Gierke, Julius v.	Handels- und Schiffahrtsrecht, 8.Aufl. Berlin 1958
Hautle, A.	Der Gläubigerschutz im Aktienrecht, Berlin 1907
Hueck, A.	Gesellschaftsrecht, 15.Aufl. München 1970
Hueck, G.	Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958
Kronstein, H.	Die abhängige juristische Person, München, Berlin und Leipzig 1931
Kronstein, H. und Claussen, C.P.	Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, Frankfurt a.M. 1960
Kuhn, O.	Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
Kalveram-Hallstein	Die Berichtigung des Gesellschaftskapitals, Frankfurt a.M. 1942
Lehmann, H.	Gesellschaftsrecht, 3.Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1970
Lutter, M.	Europäische Handelsgesellschaft und nationale Angleichung, Frankfurt a.M. 1968

Lutter, M.	Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964
Mann, F.A.	Die Sachgründung im Aktienrecht, Mannheim, Berlin und Leipzig 1932
Mestmäcker, E.J.	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
Müller-Erzbach, R.	Deutsches Handelsrecht, 3.Aufl. Tübingen 1928
Nickel, A.	Der Einfluß wirtschaftlicher Vorgänge auf die Ausgestaltung des deutschen Aktienrechts, Leipzig 1935
Nolte, E.	Die Verwässerungen von Aktien, Frankfurt u.M. 1968
Nordmann, M.	Ausländische Aktiengesellschaften, Berlin 1939
Ort, E.	Die Nachgründung im Aktienrecht, Borna/Leipzig 1939
Rosendorff, R.	Die Reform des englischen Aktienrechtes durch den Companies Act 1929, Berlin 1930
Ruth, R.	Eigene Aktien und Verwaltungsaktien, Berlin 1928
Rasch, H.	Wandelschuldverschreibungen (convertible bonds) nach nordamerikanischem und deutschem Recht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1929
Salis, R. v.	Das autorisierte Kapital, Zürich und Berlin 1937
Schirrmeister, G.	Die englische Aktiennovelle von 1900, Berlin 1901
Seydelmann, C.	Die Gestaltung des Aktienrechtes in Deutschland und England. Ein Beitrag zur Frage der Freiheit oder Bindung im Aktienrecht, Borna 1940
Schmalenbach, E.	Die Aktiengesellschaft, 7.Aufl. Köln und Opladen 1950

Schwandt, J.	Die deutschen Aktie gesellschaften im Rechtsverkehr mit Frankreich und England (Verlegung des Sitzes und Rechtsstellung ihrer Niederlassung im Ausland), Marburg 1912
Schumann	Die rechtliche Stellung der Gläubiger einer Aktiengesellschaft nach ihrer Liquidation im deutschen, englischen und französischen Recht, Marburg 193o
Silbernagel, A.	Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Aktienrecht, Berlin 1907
Trumpler, H.	Die Bilanz der Aktiengesellschaft, Basel, 1950, mit Nachtrag 1953
Vallenthin, W.	Das Aktienwesen, Frankfurt a.M. 1963
Unger, F.W.	Der Erwerb eigener Geschäftsanteile, Leipzig 1925
Weisser, K.-F.	Der Gewinn der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Aktionären, Berlin 1962
Wieland, K.	Handelsrecht, Bd.II: Die Kapitalgesellschaften, München und Leipzig 1931
Würdinger, H.	Aktien- und Konzernrecht, 2.Aufl. Karlsruhe 1966

2. Kommentare und Nachschlagewerke:

Baumbach, A. und Duden, K.	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 19.Aufl. München 1971
Baumbach, A., Hueck, A. und Hueck, G.	Kommentar zum Aktiengesetz, 13.Aufl. Berlin und München 1968
Brodmann, E.	Kommentar zum Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928
Düringer-Hachenburg-Flechtheim und Bing	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3.Aufl. Mannheim, Berlin und Leipzig 1930-1934
Gessler, J.H.	Aktiengesetz, 3.Aufl. Frankfurt a.M. 1970

Gadow-Heinichen	Großkommentar zum Aktiengesetz, 2.Aufl., bearbeitet von Barz, Fischer, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling und Schmidt, Berlin 1959 ff.
Gadow-Heinichen	Großkommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl., bearbeitet von Barz, Klug, Meyer-Landrut, Wiedemann, Brönner, Mellerowicz, Schilling, Würdinger, 1.Bd. 1.Lieferung §§ 1-51 2.Bd. 2.Lieferung §§ 54-94 2.Bd. §§ 148-178, Berlin 1970 ff.
Godin, R. Frhr.v. und Wilhelmi, H.	Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl. Berlin 1967
Kropff, B.	Aktiengesetz, Düsseldorf 1965
Obermüller, W., Werner, W., Winden, K.	Aktiengesetz 1965, Bd.1, Stuttgart 1965
Ritter, C.	Aktiengesetz, 2.Aufl. Berlin und München 1939
Schlegelberger, F., Gessler, E., Hildebrandt, W., Hefermehl, W., Herbig, G., Schröder, G.	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4.Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1960 ff.
Schlegelberger, F., Quassowski, L., Herbig, G., Gessler, E., Hefermehl, W.	Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl. Berlin 1939
Staub, A., Pinner, A., Bondi, F., Koenige, H., Schmidt, W.	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12.u.13.Aufl. mit Nachtrag 1932
Teichmann, R. und Koehler, W.	Kommentar zum Aktiengesetz,3.Aufl. Heidelberg 1950
Zöllner, W.	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, bearbeitet von Biedenkopf, Claussen, Geilen, Koppensteiner, Kraft, Kronstein, Lutter, Martens, Zöllner, Bd.1 1.Lieferung §§ 1-53 Bd.1 2.Lieferung §§ 54-75 Bd.1 3.Lieferung §§ 76-94, Köln, Berlin, Bonn, München 1970 ff.

3. Dissertationen

Armbrust, H.	Die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften des Auslandes, Mainz 1955
Bartels, H.D.	Die Haftung für Sachmängel bei Einbringung von Sacheinlagen in Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Göttingen 1960
Battes, R.	Die Überbewertung von Sacheinlagen im in- und ausländischen GmbH-Recht und bei der Private Company, Köln 1967
Brunnengräber, H.	Die Problematik der aktienrechtlichen Mindestwertvorschriften, Münster 1959
Busch, K.	Rechtsvergleichende Darstellung der Gründung einer Aktiengesellschaft nach deutschem und englischem Recht, Hamburg 1949
Fehlmann, K.	Die Aktien im anglo-amerikanischen und kontinentalen Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Bern 1950
Henzler	Bewertungsgrundsätze im deutschen und englischen Aktienrecht, Hamburg 1966
Jentsch, W.	Die Grundzüge der englischen Aktienreform 1928-29, Jena 1930
Jessen, U.	Verhältnis von Grundkapital und Vermögen im Aktienrecht, Göttingen 1953
Kessler-Koch, M.T.	Die betriebswirtschaftlichen Funktionen des Grund- und Reservekapitals in einzelnen Unternehmensformen und deren handelsrechtliche Beurteilung, Friebourg 1964
Kühl, G.	Systematisierung der Gründungsvorgänge bei Aktiengesellschaften unter Berücksichtigung des Aktienwesens von Deutschland, Frankreich, England und der Vereinigten Staaten, Frankfurt a.M. 1949
Lobedanz, G.	Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, Rostock 1938
Lohmar, P.	Die Wandlungen in der Beschaffung von Eigenkapital bei den deutschen Aktiengesellschaften im letzten halben Jahrhundert, Bonn 1956

Mayer, G.	Die Bareinlagen bei der Gründung einer Aktiengesellschaft und der Erhöhung des Aktienkapitals. Eine vergleichende Darstellung des deutschen, französischen und englischen Rechtes, Düsseldorf 1937
Mitrovizs, T.	Die Außenwirkung des statuarischen Zwecks der Aktiengesellschaft im Handelsverkehr nach deutschem und englischem Recht, Basel 1965
Mordhorst-Tiessen, E.A.	Das Verbot des Erwerbs von Anteilen an Kapitalgesellschaften, Kiel 1957
Nierhaus, F.	Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften, München 1962
Nürnberger, R.	Der Erwerb eigener Aktien, Jena 1939
Renn, H.	Die Aufbringung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Bestimmungen zur Gewährleistung der sicheren Aufbringung bei der Gründung, München 1954
Pritsch, A.	Grundkapital und Aktie der deutschen AG und der englischen Joint Stock Company, Breslau 1921
Schneider, H.	Die Aktien nach englischem, amerikanischem und französischem Recht, Marburg/Lahn 1930
Sengelmann, E.	Die Sachübernahme im Aktienrecht, Hamburg 1965
Spahn, R.	Die Kapitalaufbringung bei Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des englischen Companies Act 1948, Heidelberg 1949
Stahl, G.	Der Ausweis von Bildung und Verwendung von Reserven in der Entwicklung des Bilanzrechtes englischer Aktiengesellschaften, Erlangen 1962
Stollberg, G.	Die gesetzliche Bindung des Grundkapitals für den Gläubigerschutz bei der Aktiengesellschaft, Köln 1950
Tessin, C.	Rechtsvergleichende Darstellung der Verfassung einer Aktiengesellschaft nach deutschem und englischem Recht, Hamburg 1956

Weigand, R. — Die Erhöhung und Herabsetzung des Grundkapitals, Nürnberg 1954

Wiemann, H. — Ordnungsgemäße Rechnungslegung englischer Aktiengesellschaften aus deutscher Sicht, Köln 1958

Winter, H. — Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften, Köln 1960

4. Aufsätze und Abhandlungen

Barz, C.H., Know how als Einbringungsgegenstand, in: Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959

Beuck, L., Erwerb eigener Anteile, Einziehung, Kaduzierung, Abandon und ihre buchmäßige Behandlung, in: GbmHRdsch. 1961, S.121 ff.

Boesebeck, E., Die Regelung der wechselseitigen Beteiligung im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in: BB 1959, S.15 ff.

Ders., Die wechselseitige Verflechtung von Aktiengesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1956, S.466 ff.

Ders., Wechselseitig beteiligte Unternehmen nach dem Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes, in: AktG 1961, S.331 ff.

Brand, Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters, in: Zentralblatt für Handelsrecht 1928, S.97 ff.

Claussen, C.P., Über die Kapitalvorschriften in EWG-Ländern, in: AktG 1965, S.194

Duden, K., Aktienrechtsreform in Deutschland, Frankreich und England, in: RabelsZ 1967, Bd.1, S.51 ff.

Fischer, C., Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, in: AcP 154, S.85 ff.

Flechtheim, J., Empfehlen sich Änderungen der Gesetzgebung zur Erleichterung der Kapitalbeschaffung der Aktiengesellschaft? Verhandlungen des 33.Deutschen Juristentages, S.386 ff., Leipzig 1925

Georgapoulos, L., Zur Problematik der Wandelschuldverschreibung, in: ZHR 120 (1957) S.84 ff.

Hax, K., Die Bilanz der Unternehmungen, in: JuS 1963, S.465 ff und 1964, S.11 ff., 93 ff., 132 ff., 178 ff. und 224 ff.

Herbig, G., Die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung, in: DJ 1936, S.1716 ff.

Ders., Ein Beitrag zum Recht der Sacheinlage, in: DNotZ 1936, S.332 ff.

Hettlage, M., Darf sich eine Kapitalgesellschaft durch Begründung einer wechselseitigen Beteiligung an der Kapitalaufbringung ihrer eigenen Kapitalgeber beteiligen? in: AktG 1967, S.249

Heymann, C., Das Underwriting bei englischen Gründungen, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik Bd.98, S.781 ff.

Hofmann, P., Voreinzahlungen auf Anteile an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, in: AktG 1963, S.261 ff. und S.299 ff.

Huemer, Englische Aktiengesellschaft, in: ÖJZ Bd.19, S.87 ff.

Preyer, H.D., Die Neuordnung des englischen Aktienrechtes, in: Zeitschr.f.ausländisches und internationales Privatrecht, 1951, S.181 ff.

Lehmann, J., Soll in einer zukünftigen Reform des Aktienrechtes eine Annäherung an das englisch-amerikanische Recht in grundsätzlichen Fragen stattfinden? in: Verhandlungen des 34.Deutschen Juristentages Bd.1, S.258 ff., Berlin 1926

Illetschko, L., Die Publizität der Aktiengesellschaft im Ausland, in: Zeitschr.f.Landeswissenschaftliche Forschung, 10.Jg. Heft 9 (1958), S.414 ff.

Schnorr v.Carolsfeld, L., Bemerkungen zum Aktienrecht, in: DNotZ 1963, S.404 ff.

Serick, R., Die Rechtsfigur des Nominee im anglo-amerikanischen Recht, in: Festschrift für Dölle, Bd.1, S.415 ff.

Steinmann, H., Über den Publizitätszweck in europäischen Aktienrechten, in: AktG 1966, S.187 ff.

Siebel, U., Konzernrechtliche Bestimmungen im englischen Companies Act 1948, in: ZHR 119, S.89 ff.

Wiethölter, R., Die Gründungskontrolle bei Aktiengesellschaften, in: Deutsche Landesreferate zum VI.Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, in Hamburg 1962, Tübingen und Berlin 1962, S.225 ff.

Würdinger, H., Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung, in: D.B. 1957, S.961 ff.

Wussow, W., Grundauffassung im englischen Aktienrecht, in: Gruchot Neue Folge, 8.Jg. (1931) S.

Abkürzungsverzeichnis

A. Verzeichnis deutscher Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Gesetz für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 6.September 1965
Anm.	Anmerkung
arg.	argumentum
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BB	Der Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.August 1896
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
D.B.	Der Betrieb
D.J.	Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik (bis 1945)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht (bis 1945)
DRPfl.	Der Deutsche Rechtspfleger
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (1950 mit SJZ vereinigt zu JZ)
f.	und folgende (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.Mai 1898 i.d.F. vom 18.Mai 1957
FN	Fußnote
gem.	gemäß

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.Mai 1897
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift (bis 1939)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht (Berlin)
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichtes (bis 1922)
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivil- und Strafsachen, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (bis 1933)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 3.Februar 1962
RFH	Reichsfinanzhof
RFHE	Entscheidungen des Reichsfinanzhofs (bis 1945)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung,bis 1945)
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes, zusammengestellt im Reichsjustizamt (1900-1922)
Rspr.	Rechtsprechung
Rdn.	Randnummer
Seuff.A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (bis 1944)

SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (1950 mit DRZ vereinigt zu JZ)
vgl.	vergleiche
WarnE	Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes (Sammlung Warneyer, bis 1941)
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht (bis 1933)
Ziff.	Ziffer
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

B. Verzeichnis englischer Abkürzungen

A.C.	Law Reports, Appeal Cases (seit 1891)
All E.R.	All England Reports (seit 1936)
App.	Appendix
App.Cas.	Law Reports, Appeal Cases (1875-1890; seit 1891 abgekürzt mit A.C.)
art.	article (singular)
arts.	articles (plural)
C.A.	Court of Appeal
C.B.	Common Bench Reports (1845-1856)
Ch.	Law Reports, Chancery (seit 1891)
Ch.App.	Law Reports, Chancery Appeals (1865-1875)
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (1875-1890); (seit 1891 abgekürzt mit Ch.)
Ct.of Sess.	Court of Sessions
Comp.Act 1948	Companies Act 1948, 11 and 12 Geo.6 Chapter 38
Comp.Act 1967	Companies Act 1967 Chapter 81
De G.V.& J.	De Gex, Fisher and Jones (1859-1862)
De G.& J.	De Gex and Jones (1856-1859)
De G.J.& S.	De Gex, Jones and Smith (1862-1865)
ed.	edition
Eq.	Law Reports, Equity (1865-1875)
Exch.	Exchequer Reports (1847-1856)
Giff.	Giffard (1857-1865)
H.L.	House of Lords
J.	Justice
K.B.	Law Reports, Kings Bench (seit 1901)

L.J.	Lord Justice
L.J.Ch.	Law Journal, New Series, Chancery (1831–1946)
L.J.K.B. oder Q.B.	Law Journal, New Series King's oder Queen's Bench (1831–1946)
L.J.Ch.	Law Journal, New Series, Chancery (1831–1946)
L.J.P.C.	Law Journal, New Series, Privy Council (1865–1965)
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R.Ch.	Law Reports, Chancery Appeals (1865–1875)
L.R.C.P.	Law Reports, Common Pleas (1865–1875)
L.R.Eq.	Law Reports, Equity (1865–1875)
L.R.Ex.	Law Reports, Exchequer (1865–1875)
L.R.H.L.	Law Reports, House of Lords, English and Irish Appeals (1866–1875)
L.R.P.C.	Law Reports, Privy Council (1865–1965)
L.R.Q.B.	Law Reports, Queen's Bench (1865–1875)
L.T.	Law Times Reports, New Series (1859–1947)
M.L.R.	Modern Law Review
para.	paragraph (singular)
paras.	paragraphs (plural)
P.C.	Privy Council
Pt.	Part
Q.B. oder Q.B.R.	Queen's Bench Reports (1841–1852)
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench (1891–1901)
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division (1875–1890)
R.S.C.	Rules of the Supreme Court
s.	Section (singular)
ss.	Sections (plural)
Sch.	Schedule
W.L.R.	Weekly Law Report
W.N.	Law Reports, Weekly Notes (seit 1866)

Einleitung

§ 1 Aktienkapital und der Grundsatz der Kapitalaufbringung

A. Die Funktionen des Aktienkapitals

Das Aktienkapital einer Gesellschaft ist in seiner Bedeutung vielfältig. Ihm kommen verschiedene wichtige Funktionen zu. So dient es etwa als Bezugsgröße zur Ermittlung der Beteiligung der Gesellschafter oder des Stimmrechtes. Die Hauptaufgabe des Aktienkapitals besteht jedoch einmal in seiner Garantiefunktion den Gesellschaftsgläubigern gegenüber sowie in seiner Stellung als Betriebskapital.

I. Die Garantiefunktion des Aktienkapitals

Wenn eine natürliche Person, etwa ein Einzelhändler ein Darlehen aufnehmen will, so ist seine Kreditwürdigkeit von Umständen abhängig, welche in seiner Person selbst begründet sind. So ist insbesondere sein Ruf, seine Arbeitskraft oder seine geschäftliche Fähigkeit als Kreditgrundlage ausschlaggebend. Jedoch braucht sich das Vertrauen der Gläubiger nicht auf das Vermögen der natürlichen Person zu beziehen.

Bei Aktiengesellschaften verhält es sich anders. Diese sind als juristische Personen mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet[1]. Das hat zur Folge, daß zwischen Gesellschaft und Aktionären streng zu trennen ist. So hat die Gesellschaft ihr eigenes, von jedem derAktionäre verschiedenesVermögen. Hieran sind die Gesellschafter in keiner Form des Eigentums beteiligt, die von ihnen geleisteten Einlagen scheiden aus ihrem Vermögen aus. Weiterhin muß die Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten selbst haften, und die persönliche Haftung ihrer Gesellschafter ist daneben in der Regel ausgeschlossen[2].

---

1) Vgl. im deutschen Recht § 1 Abs.I S.1 AktG; englisches Recht Salomon v. Salomon and Co., (1897) A.C.22, H.L.

2) Vgl. im deutschen Recht § 1 Abs.I S.2 AktG; im englischen Recht s.1 (2) (a) Companies Act 1948. In Ausnahmefällen tritt jedoch die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft ein. Im deutschen Recht haftet etwa der Einmannaktionär persönlich, wenn er die Rechtsform der juristischen Person mißbräuchlich verwendet (BGH 20,14; 22,231), z.B. wenn er Gesellschaftsvermögen mit Privatvermögen vermischt (OLG Karlsruhe DR 1948,811;OLG Nürnberg,WM 1955,1566). Im englischen Recht ist im Hinblick auf den Haftungsdurchgriff die Lehre vom "lifting the veil" entstanden (vgl. hierzu Gower S.189ff). Der Gesetzgeber hat ihr z.B. mit s.31 Comp.Act 1948 Rechnung getragen, wonach auf die Aktionäre "durchgegriffen" werden kann, wenn ihre Zahl für länger als 6 Monate unter das gesetzlich erforderliche Minimum von sieben Gesellschaftern sinkt.

Die Aktionäre trifft nur die Pflicht zur Leistung ihrer Einlagen, und diese Verpflichtung besteht nur der Gesellschaft gegenüber. Da die Aktiengesellschaft eine nur künstliche Rechtspersönlichkeit hat, fehlt ihr der persönliche Charakter, auf den sich bei natürlichen Personen das Vertrauen gründen kann. Es ist jedoch auch für sie lebenswichtig, vertrauenswürdig zu sein, andernfalls ist sie nicht in der Lage, Darlehen aufzunehmen, einen Kauf auf Kredit zu tätigen oder sich in sonstiger Weise am Wirtschaftsleben zu beteiligen. Auf Grund der fehlenden persönlichen Haftung der Aktionäre stützt sich das Vertrauen der Gläubiger insbesondere auf das Gesellschaftsvermögen als Haftungsrückhalt und Kreditgrundlage.

Von diesen Überlegungen ging man bei der rechtlichen Ausgestaltung des Aktienkapitals aus. Um den Mangel der persönlichen Haftung einer physischen Person auszugleichen, wurde der Kern des Gesellschaftsvermögens gebunden[1], indem die Ausschüttung dieses Vermögens an die Gesellschafter verhindert wurde. In der Bilanz der Gesellschaft wird diese Bindung daran ersichtlich, daß das Aktienkapital als Passivposten eingestellt wird. Hierdurch wird gewährleistet, daß nur der Betrag für die Gewinnausschüttung an die Gesellschafter verwendet werden kann, um welchen das Reinvermögen der Gesellschaft den Betrag des Aktienkapitals übersteigt, und daß, falls das Gesellschaftsvermögen den Betrag des Aktienkapitals nicht erreicht, der Fehlbetrag erst ausgeglichen werden muß, bevor Überschüsse wieder ausgeschüttet werden können. Hier zeigt sich die Hauptfunktion des Aktienkapitals: Es soll ein für die Gesellschaft und ihre Aktionäre unangreifbarer Sicherheitsstock sein, der zugunsten der Interessen der Gesellschaftsgläubiger geschaffen wird. Dies bedeutet jedoch nicht, daß den Gläubigern nur Gesellschaftsvermögen in Höhe des Aktienkapitals haftet. Ihnen haftet das gesamte Gesellschaftsvermögen ohne Rücksicht auf die Höhe des Aktienkapitals.

Die Garantiefunktion des Gesellschaftskapitals besteht freilich nur im Augenblick der Gesellschaftsentstehung vollständig, da nur in diesem Zeitpunkt ausgeschlossen ist, daß das Gesellschaftsvermögen geringer ist als die ausgewiesene Kapitalziffer[2]. Da keine Verpflichtung zur Hinterlegung von Gesellschaftsvermögen in Höhe des Gesell-

---

1) Vgl. Gower S.122; Mestmäcker S.217 ff; Lutter S.41

2) Vgl. Sonnenberger in NJW 69 S.2034

kapitals besteht, und weiterhin die Möglichkeit besteht, daß das Vermögen verwirtschaftet wird, kann es im Verlaufe der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft sehr wohl dazu kommen, daß das Gesellschaftskapital nicht mehr durch Vermögen in gleicher Höhe repräsentiert wird. Wollte man diese Gefahr ausschließen, so müßte das Gesellschaftsvermögen bei Verringerung stets an den Betrag des Aktienkapitals angeglichen werden. Dies würde aber zu einer im Aktienrecht unzulässigen Nachschußpflicht der Gesellschafter führen.
Die Gläubigerschutzfunktion des Aktienkapitals ist im deutschen Aktienrecht einhellig anerkannt[1]. Auch im englischen Recht ist die Funktion des Aktienkapitals als Gläubigerschutz verankert, wenn sie hier auch bei weitem nicht so stark ausgeprägt ist wie im deutschen Recht. Sie wurde jedoch von der Rechtsprechung des ausgehenden 19.Jahrhunderts entwickelt[2] und hat auch im Companies Act 1948 ihren Niederschlag gefunden[3].

II. Die zweite wichtige Funktion des Aktienkapitals ist, der Gesellschaft als Betriebskapital zur Finanzierung des Aufbaues und der Unterhaltung ihres Unternehmens zur Verfügung zu stehen. Die auf das Aktienkapital einbezahlten Einlagen kommen also auch der Gesellschaft selbst zugute. Die Gläubigerinteressen werden hierdurch nicht beeinträchtigt, da die Verwendung der auf das Aktienkapital geleisteten Einzahlungen als Betriebsmittel nur zur Folge hat, daß die Substanz des haftenden Gesellschaftsvermögens verändert wird, z.B. von Bargeld in Maschinen.

Wenn auch die Funktionen des Aktienkapitals als Sicherungsrückhalt für Gesellschaftsgläubiger sowie als Betriebskapital der Gesellschaft in einer engen Wechselbeziehung stehen, so kann der Gesetzgeber doch eine der beiden Funktionen betonen. Dies kann entweder bedeuten, daß

---

1) Vgl. Godin-Wilhelmi § 1 Anm. 1,4; Meyer-Landrut in Grosskomm. 3.Aufl. § 1 Anm.5; Schlegelberger-Quassowski § 6 Anm.3; Baumbach-Hueck § 1 Rdn.13; Würdinger S.26

2) Vgl. insbes. Ooregum Gold Mining Co. of India v. Roper (1892) A.C. 125; nicht richtig ist daher die Ansicht Seydelmanns, S.74, das Kapital habe in England nicht die Funktion des Gläubigerschutzes.

3) Auf Grund der Zweiteilung des Kapitalbegriffes im englischen Recht kommt aber nur dem tatsächlich gezeichneten Kapital Gläubigerschutzfunktion zu, vgl. Kapitalbegriff unten S.4 ff.

die Höhe des Aktienkapitals nur vom Umfang der benötigten Betriebsmittel abhängig gemacht wird, was den Interessen der Gesellschaftsgläubiger noch nicht genügend Rechnung zu tragen braucht. Die andere Möglichkeit ist, daß die Gläubigerinteressen zwar auf Grund des Umfanges des Aktienkapitals hinreichend geschützt sind, die Gesellschaft aber nicht benötigtes und daher brachliegendes Betriebskapital in Händen haben kann. Wie sich bei den folgenden Erörterungen zeigen wird, steht im englischen Recht die Betriebsmittelfunktion, im deutschen Recht die Gläubigerschutzfunktion im Vordergrund[1].

B. Der Kapitalbegriff

Sowohl der englische wie der deutsche Gesetzgeber haben den Vorteil erkannt, den das Aktienkapital für die Gesellschaft selbst und ihre Gläubiger schafft. In beiden Rechtsordnungen ist daher das Vorhandensein von Aktienkapital Voraussetzung und Wesensmerkmal einer Aktiengesellschaft. Zwischen dem englischen und dem deutschen Kapitalbegriff bestehen jedoch wesentliche Unterschiede, die sich auch auf die jeweilige Regelung der Kapitalaufbringung auswirken.

I. England:

Das Wort 'capital', so wie es im Companies Act von 1948 und in den früheren Companies Acts gebraucht wurde, bedeutet zunächst immer Aktienkapital im Gegensatz zu Darlehen, das manchmal irreführend als 'loan-capital' bezeichnet wird[2]. Der Unterschied beider Begriffe zeigt sich darin, daß eine Gesellschaft hinsichtlich des 'capital' nie Schuldner ist und ein Aktionär bezüglich der geleisteten Einlagen nie Gläubiger der Gesellschaft[3]. Erst bei Liquidation entsteht wieder eine Forderung der Gesellschafter auf Auszahlung des Liquidationsüberschusses.

Das Wort 'capital' in seiner Bedeutung als Aktienkapital wird im englischen Aktienrecht in verschiedenem Sinne gebraucht, nämlich als

---

1) Vgl. auch Seydelmann S.76

2) Vgl. Halsbury'sLaws (3rd Edition) Bd.6, Company Law S.488

3) Lee v. Neuchatel Asphalte Co. (1889), 41 Ch.D.1 at p.23; Verner v. General Commercial Investment Trust, (1894) 2 Ch.239 at p.264

a) 'nominal' oder 'authorised capital'
b) 'issued capital'
c) 'paid up capital'
d) 'unpaid capital'
e) 'called capital'
f) 'uncalled capital'

a) Der Companies Act 1948 schreibt in s.2 (4) (a) vor, daß das 'memorandum of association'[1] den Betrag des Aktienkapitals angeben soll, mit welchem die Aktiengesellschaft beabsichtigt, in das Register eingetragen zu werden. Das solchermaßen festgesetzte Kapital ist das 'nominal capital'.
Die Festsetzung einer bestimmten Summe als 'nominal capital' im 'memorandum' bedeutet nicht, daß Aktien in der Höhe dieses Betrages gezeichnet bzw. übernommen werden müssen. Vielmehr bedeutet der Betrag 'nominal capital' einen Höchstbetrag, bis zu dem die Gesellschaft Kapital beschaffen darf[2]. Der Gesellschaft steht es frei, nur soviel Aktien zeichnen zu lassen, daß die Summe ihrer Nennwerte unterhalb der Höchstgrenze des 'nominal capital' bleibt. Dies ist auch in aller Regel bei Neugründungen von Aktiengesellschaften in England der Fall. Auch später besteht keine Verpflichtung, das 'nominal capital' voll zeichnen zu lassen. Das zeigt, daß das 'nominal capital' kein "Kapital" ist. Es vergegenwärtigt nur die Rechtsmacht der Direktoren der englischen Gesellschaft, neues Kapital zu beschaffen, ohne daß es der Formalien der Kapitalerhöhung, insbesondere eines Beschlusses der Hauptversammlung bedarf[3]. Das 'nominal capital' wird daher auch als 'authorised capital' bezeichnet.
Sind Aktien bis in Höhe des 'nominal capital' gezeichnet bzw. übernommen worden, so kann der Betrag des 'nominal capital' gem. s.61 (1) (a) Comp. Act 1948 durch Änderung des 'memorandum' erhöht werden[4].

---

1) Die rechtlichen Grundsätze einer Company sind in zwei Urkunden niedergelegt, dem 'memorandum of association' (Gründungsurkunde) und den 'articles of association' (Satzung); vgl.hierzu im einzelnen bei Baumann S.70 ff

2) Vgl. Palmer S.263; Halsbury S.136, Nr.285

3) Werden innerhalb des Höchstbetrages des 'nominal capital' weitere Aktien zur Zeichnung aufgelegt, so besteht für die Aktionäre des bisher gezeichneten Kapitals kein Bezugsrecht. Die Beteiligungs- und Stimmverhältnisse können sich also ohne weiteres verändern.

4) Vgl. Pennington S.149, Gower S.109 FN 30

Die Institution des 'nominal capital', die es den Direktoren der Gesellschaft freistellt, wieviel von dem im 'memorandum' angegebenen Kapital augenblicklich und wieviel später aufgebracht werden soll, bietet einen eminenten Vorteil. Die Finanzierung der Aktiengesellschaft kann weitaus elastischer gestaltet werden, und die Gesellschaft kann eine günstige Lage des Kapitalmarktes rasch und erfolgreich ausnutzen.

Ob der englische Gesetzgeber aber mit der Schaffung des 'nominal capital' einen Schutz der bisherigen Gesellschafter vor Majorisierung erreichen und eine übermäßige Machtanhäufung bei juristischen Personen (tote Hand) verhindern wollte (Gedanke der Konzessionstheorie) ist sehr zweifelhaft. Hinweise hierfür fehlen in der englischen Literatur. Daher erscheint eher die Annahme gerechtfertigt, daß der englische Gesetzgeber mit dem 'nominal capital' lediglich ein Institut gesetzlich verankert hat, das schon vorher von den Gesellschaften entwickelt worden war[1].

b) Die Bestimmung des 'issued capital' macht zunächst eine Abgrenzung vom 'nominal capital' erforderlich. 'Issued capital' ist ein Teil des 'nominal capital', und zwar derjenige Teil, für welchen tatsächlich Aktien der Gesellschaft übernommen oder gezeichnet wurden[2]. Im Gegensatz zum 'nominal capital' beinhaltet das 'issued capital' also nicht nur die Verleihung einer Rechtsmacht, sondern ist reales Gesellschaftskapital und daher die wirtschaftlich ausschlaggebende Größe. Nur das 'issued capital' - und nur dieses - dient den Gesellschaftsgläubigern als Haftungsrückhalt und der Gesellschaft selbst als Betriebsmittel. Jedoch wird sein Betrag im Gegensatz zum 'nominal capital' nicht in das 'memorandum of association' aufgenommen. Zwar müssen die von den Gründern übernommenen Aktien im 'memorandum' angegeben werden[3]. Die hierdurch begründeten Forderungen machen aber nur einen Teil des 'issued capital' aus. Der durch Zeichnung der Aktien aufgebrachte Teil des 'issued capital', der in der Regel weitaus

---

1) So auch Pennington in einer freundlichen Auskunft an den Verfasser vom 6.1.72

2) Vgl. Charlesworth S.103; Pennington S.129; Gower S.105, Palmer S.265; Halsbury S.136

3) Vgl. unten S.31

größer ist, läßt sich dagegen nicht aus dem 'memorandum' ersehen. Da der Betrag des 'issued capital' auch nicht in den 'articles of association' festgehalten wird, kann er nur aus der Bilanz der Gesellschaft entnommen werden.

Entscheidend für die Entstehung von 'issued capital' ist, daß die Verpflichtung zur Leistung der Einlage begründet wurde. Werden Aktien also durch die Unterzeichnung des 'memorandum of association' übernommen, so wird hierdurch die Einzahlungsverpflichtung in dem Augenblick begründet, in welchem die Gesellschaft rechtsfähig wird, s.13 (2) Comp.Act 1948[1]. In diesem Augenblick entsteht also 'issued capital'[2]. Bei der Zeichnung von Aktien dagegen entsteht 'issued capital' erst mit der Zuteilung der Aktien, denn erst die Zuteilung als Annahme des Zeichnungsvertrages begründet die Einzahlungsverpflichtung[3]. Unerheblich für die Entstehung von 'issued capital' ist dagegen, ob nach Begründung der Einzahlungsverpflichtung bereits Einlagen an die Gesellschaft geleistet ('paid up') oder von dieser eingefordert ('called') wurden.

Über die rechtliche Bedeutung des 'issued capital' besteht keine Einhelligkeit, denn das 'issued capital' läßt sich sowohl formell wie auch materiell begreifen. Nach der formellen Auffassung ist das 'issued capital' lediglich eine Rechengröße. Sie ergibt sich aus der Summe der Nennwerte der gezeichneten und übernommenen Aktien[4]. Die materielle Auffassung dagegen versucht, das 'issued capital' in ein Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen zu stellen. So wird das 'issued capital' etwa als die Summe aller von den Aktionären zu leistenden Einlagen bezeichnet[5]. Weiterhin wird es als Maßstab für

---

1) Vgl. hierzu unten S.31

2) Dalton Time Lock Co. v. Dalton (1892), 66 L.T.704; Halsbury S.136, 239

3) Vgl. unten S.41

4) Topham and Jvamy S.75; Pennington S.129, der jedoch 'capital' auch materiell begreift, S.127

5) Vgl. auch Pennington S.127. Diese Auffassung ist allerdings ungenau, denn sie berücksichtigt nicht, daß sich häufig eine Differenz zwischen dem Betrag der zu leistenden Einlagen und der dadurch ausgewiesenen Kapitalziffer ergeben kann. Dies ist etwa der Fall bei Über- oder Unterpariemission, sowie bei Über- oder Unterbewertung von Sacheinlagen.

den Mindestwert des Reinvermögens der Gesellschaft angesehen, welches anfangs aufgebracht werden und danach möglichst erhalten bleiben muß[1].

c) Bei dem 'issued capital' wird wiederum unterschieden zwischen 'paid-up capital', 'unpaid capital', 'called capital' und 'uncalled capital'. Das 'paid-up capital' ist, wie der Name sagt, die Summer aller auf die ausgegebenen Aktien geleisteten Zahlungen, während das 'unpaid capital' die Summe aller noch ausstehenden Zahlungen darstellt. Das 'called capital' ist derjenige Kapitalbetrag, welcher auf Grund ergangener Aufforderungen von den Aktionären geleistet werden muß, während das 'uncalled capital' das noch nicht aufgerufene und daher noch nicht geleistete Kapital ist. Ein Unterschied zwischen dem noch nicht aufgerufenen und dem noch nicht geleisteten Teil des Kapitals ergibt sich, wenn Einlagen trotz Aufruf noch nicht geleistet wurden.

Dem noch nicht aufgerufenen Teil des Kapitals kommt nach englischem Recht erhöhte Bedeutung bei. Nach s.60 Comp.Act 1948 können die Aktionäre der Gesellschaft beschließen[2], daß 'uncalled capital' nur im Falle der Liquidation der 'company' aufgerufen und einbezahlt werden darf[3]. Das solchermaßen "auf Eis gelegte" 'uncalled capital' wird als 'reserve capital'[4] bezeichnet. Es stellt eine Art Garantiefonds für die Gesellschaftsgläubiger dar. Da dieser Teil des Gesellschaftsvermögens nie einbezahlt wird, solange die Gesellschaft eine werbende ist, kann er einmal nie verwirtschaftet, zum anderen nie an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Er bleibt der Gesellschaft vielmehr als Anspruch gegen die Aktionäre und den Gesellschaftsgläubigern als Haftungsrückhalt erhalten. Die natürliche Kreditfähigkeit der Gesellschaft bleibt auf diese Weise zum Teil in der Idee des Kapitals als sachlicher Kreditgrundlage bestehen.

---

1) Vgl. Gower S.104

2) Von s.60 wird allerdings immer weniger Gebrauch gemacht, vgl. unten S.17 f, 117

3) Aus dem Sinn der s.60 ergibt sich, daß auch jede Belastung des noch nicht aufgerufenen Teils der Einlagen unzulässig ist, vgl. Re Mayfair Property Co., (1898) 2 Ch.28

4) Daneben ist auch der Begriff 'reserve liability' gebräuchlich, vgl. Palmer S.264

II. Das 'Grundkapital' im deutschen Aktienrecht unterscheidet sich grundlegend vom 'capital' des englischen Companies Act, wenn es auch in gleicher Weise vom Gesellschaftsvermögen wie vom sog. Fremdkapital abgegrenzt wird, das durch die Ausgabe von Anleihen beschafft wird[1].

Im Gegensatz zur Zweiteilung des Kapitalbegriffes in 'nominal capital' und 'issued capital' im englischen Recht stellt sich im deutschen Recht dieser Begriff als eine Einheit dar[2]. Grundkapital ist derjenige Betrag, welcher gemäß § 23 Abs.III Z.3 AktG in die Satzung aufgenommen wird. Dieser Betrag muß gemäß § 29 AktG auch voll übernommen werden, andernfalls gilt die Gesellschaft als nicht errichtet[3]. Die Einheit des Grundkapitals ist auch trotz der Tatsache gewahrt, daß gem. § 202 AktG die Satzung den Vorstand ermächtigen kann, das Grundkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag (genehmigtes Kapital) zu erhöhen. Zwar scheint es, als ob zunächst nur ein Teil der Aktien übernommen werden soll, der andere Teil erst später im Bedarfsfall. Jedoch bildet nur der zunächst übernommene Teil das Grundkapital und wird als solches gem. § 23 Abs. III Z.3in die Satzung aufgenommen. Daraus wird ersichtlich, daß das genehmigte Kapital im deutschen Aktienrecht nicht als Teil des Grundkapitals, sondern als eine Kapitalserhöhungsmaßnahme in der Satzung festgehalten wird. Erst wenn von der Genehmigung Gebrauch gemacht und die Kapitalerhöhung durchgeführt worden ist, hat sich die Grundkapitalziffer erhöht, nicht aber schon dann, wenn der Betrag des genehmigten Kapitals in die Satzung aufgenommen wurde[4].

Auch im deutschen Recht wird bei der Bestimmung des Grundkapitals zwischen formellen und materiellen Meinungen unterschieden[5]. Nach

---

1) Vgl. hierzu Mayer-Landrut in Großkomm. § 1 Anm.5; Godin-Wilhelmi § 6 Anm.3; Schlegelberger-Quassowski § 6 Anm.2; Ritter § 1 Anm.4; für das englische Recht Pennington S.127

2) Vgl. auch Seydelmann S.70

3) Vgl. unten S.18

4) Vgl. Weipert-Schilling in Großkomm. 2.Aufl. § 169 Anm.2

5) Vgl. hierzu Lutter S.42 ff; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 1 Anm.5

der formellen Auffassung wird das Grundkapital nur a s eine Ziffer oder als abstrakter Rechenbegriff verstanden[1]. Nach den materiellen Auffassungen gibt das Grundkapital dagegen den Betrag an, den das Anfangsvermögen der Gesellschaft mindestens haben muß, das sind die Werte, welche die Aktionäre mindestens aufzubringen haben, und welche weiterhin im Interesse der Gläubiger erhalten werden müssen[2].

III. Der Vergleich des englischen mit dem deutschen Kapitalbegriff zeigt, daß das Grundkapital als tatsächlich übernommenes Kapital nicht dem englischen 'nominal capital', sondern dem wirtschaftlich ausschlaggebenden 'issued capital' entspricht. Sowohl Grundkapital wie auch 'issued capital' wird definiert als eine Ziffer, die sich aus der Summe der Nennwerte der gezeichneten und übernommenen Aktien ergibt. Diese Ziffer bezeichnet den Betrag des anfänglichen Gesellschaftsvermögens, welches die Aktionäre durch Leistung ihrer Einlagen mindestens aufbringen müssen und welches nicht mehr an die Gesellschafter zurückgewährt werden darf, solange die Gesellschaft eine werbende ist.

Während das Grundkapital gem. §23 Abs.3 Z.3 AktG in die Satzung aufgenommen werden muß, besteht im englischen Recht dieses Erfordernis im Hinblick auf das 'issued capital' nicht. Nach s.2 (4) (a) Comp.Act 1948 ist lediglich die wirtschaftlich nicht ausschlaggebende Größe des 'nominal capital' in das 'memorandum of association' aufzunehmen. Dieser Umstand bedeutet aber für Gesellschaftsgläubiger weniger eine Klarstellung als eher eine Irreführung, da keine Verpflichtung besteht, das 'nominal capital' jemals tatsächlich zu übernehmen[3].

Der auf Grund der Zweiteilung des englischen Kapitalbegriffes für eine englische Gesellschaft bestehende Vorteil, eine günstige Situation am Geldmarkt rasch ausnutzen zu können, besteht seit Einfüh-

---

1) Vgl. Staub-Pinner § 178 Anm.20; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 1 Anm.5; v.Salis S.

2) Vgl. Baumbach-Hueck § 1 Rdn.I 3; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 1 Anm.5; Schlegelberger-Quassowski § 6 Anm.4; Ritter § 1 Anm.4; Godin-Wilhelmi § 1 Anm. I 4

3) Vgl. auch Gower S.276

rung des genehmigten Kapitals auch für eine deutsche AG[1]. Ohne daß die Einheit des Kapitalbegriffes im deutschen Recht geändert zu werden brauchte, wurde mit dem genehmigten Kapital gem. § 202 AktG ein Instrumentarium geschaffen, das es dem Vorstand ermöglicht, ohne Zeitverlust neue Aktien zu emittieren, wenn die Lage am Kapitalmarkt dies als besonders vorteilhaft erscheinen läßt. Allerdings gewährt auch die Einführung des genehmigten Kapitals nicht so weitreichende Möglichkeiten,wie sie auf Grund der Zweiteilung des englischen Kapitalbegriffes für eine Gesellschaft bestehen. Einmal ist die Ermächtigung des Vorstandes zur Ausgabe neuer Aktien auf fünf Jahre beschränkt, § 202 Abs.1 AktG. Weiterhin darf der Nennbetrag des genehmigten Kapitals die Hälfte des Grundkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht übersteigen, § 202 Abs.3 AktG.

C. Der Grundsatz der Kapitalaufbringung

I. Allgemein

1. Wie aus der Erörterung des Kapitalbegriffes ersichtlich wurde, bezeichnet das Aktienkapital dasjenige Vermögen einer Gesellschaft, welches zu Beginn ihrer Geschäftsfähigkeit mindestens verhanden sein muß, um Dritten als Sicherungsrückhalt und der Gesellschaft selbst als Betriebsmittel zu dienen. Damit die Funktionen des Aktienkapitals voll wirksam werden können, ist zu verhindern, daß das Anfangsvermögen der Gesellschaft geringer ist als das Aktienkapital. Dies wird gewöhnlich durch ein System von Sicherheitsvorschriften gewährleistet, die, weil sie alle das gleiche Ziel verfolgen, zu dem Grundsatz der (vollständigen und realen) Kapitalaufbringung zusammengefaßt werden können[2].

---

1) Das 'authorised capital' war Vorbild für das genehmigte Kapital des deuten Aktienrechtes, vgl. Lehmann in Verhandlungen des 34.Deutschen Juristentages, S.268 ff; Ritter § 169 Anm.1; Weipert-Schilling in Großkomm. 2.Aufl. § 169 Anm.1; Baumbach-Hueck Vorbem. § 202

2) Vgl. Lutter S.54. In engem Verhältnis hierzu steht der Grundsatz der Kapitalerhaltung, dessen Ziel es ist, das Vermögen der Gesellschaft mindestens in Höhe des Aktienkapitals zu erhalten. Hierauf soll aber innerhalb dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

2. Der Kapitalaufbringung dient vor allem die Regelung, wonach der in der Satzung bestimmte Kapitalbetrag vollständig gezeichnet bzw. übernommen werden muß. Auf diese Weise wird sichergestellt, daß die Summe der Zeichnungs- bzw. Übernahmeerklärungen dem Mindestanfangsvermögen entspricht. Der Gesetzgeber bestimmt darüber hinaus in der Regel ein Mindestaktienkapital, womit erreicht wird, daß das Anfangsvermögen einer Gesellschaft in einer bestimmten Mindesthöhe besteht.

Da die Vollzeichnung des Kapitals häufig gefährdet wäre, wenn Zeichnungs- oder Übernahmeerklärungen bedingt, widerrufbar oder mangelhaft sind und daher keine Bindungswirkung haben, werden die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte eingeschränkt. Eine Anzahl von Vorschriften haben die Aufgabe sicherzustellen, daß die Kapitalaufbringung real bzw. effektiv ist, das heißt, daß die Gesellschaft nach ordnungsgemäßer und vollständiger Zeichnung auch tatsächlich echtes Vermögen mindestens in Höhe ihrer Kapitalziffer erhält. So ist der Gesellschaft etwa der originäre Erwerb eigener Aktien verboten, da sie hierdurch trotz Zeichnung der Aktien keinen Vermögenszuwachs erhält. Aus dem gleichen Grunde ist die gegenseitige Kapitalübernahme zweier Gesellschaften eingeschränkt. Dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung dient auch das Verbot, Aktien unter dem Nennwert auszugeben oder Sacheinlagen überzubewerten.

Die Einzahlungsverpflichtung, die auf Grund der Zeichnung bzw. Übernahme von Aktien entsteht, wird ebenfalls im Interesse der Kapitalaufbringung besonders geregelt. So ist ein Teil der auf die Aktien zu leistenden Zahlungen noch vor Erlangung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft fällig, damit die Gesellschaft bereits bei Beginn ihrer geschäftlichen Tätigkeit in ausreichendem Maße über "flüssige" Betriebsmittel verfügt. Weder die sofort fällige noch die später fällig werdende Leistung von Einlagen kann dem Gesellschafter erlassen werden. Ebensowenig darf die Gesellschaft dem Aktionär bei der Leistung der Einlagen finanzielle Hilfe gewähren. Aufrechnung von Einzahlungsverpflichtung und Schuld der Gesellschaft an den Aktionär, sowie Leistung des Aktionärs an Erfüllungs Statt sind stark eingeschränkt oder unzulässig. Auf diese Weise wird verhindert, daß die Gesellschaft vom Aktionär keinerlei tatsächliche Zahlung erhält oder eine andere Leistung als die ursprünglich geschuldete.

Für den Fall der Insolvenz eines Aktionärs werden den Gesellschaften vom Gesetzgeber in der Regel besondere Möglichkeiten geschaffen, die Zahlung der noch ausstehenden Leistung zu sichern. So kann der Aktionär aus der Gesellschaft ausgeschlossen und seine Aktie an Dritte veräußert werden. Die Gesellschaft kann aber auch unter bestimmten Umständen von ehemaligen Inhabern der Aktie die restliche Einzahlung fordern.

3. Da die Kapitalaufbringung die Verwirklichung der Funktionen des Aktienkapitals sichert, dient sie vor allem den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, die darauf vertrauen, daß ein Anfangsvermögen der Gesellschaft in Höhe des Aktienkapitals besteht. Die Aufbringung des Mindestanfangsvermögens ist aber auch für die Gesellschaft selbst von Nutzen, da hiermit sichergestellt wird, daß ihr die notwendigen Betriebsmittel bei Beginn der Geschäftstätigkeit zur Verfügung stehen. Schließlich bewirkt der Grundsatz der Kapitalaufbringung auch den Schutz der Aktionäre, indem sie eine Wertminderung ihrer Aktien verhindert, die mit jeder Verringerung des Gesellschaftsvermögens entsteht.

II. Englisches und deutsches Recht

Der Grundsatz der Kapitalaufbringung besteht sowohl im englischen wie auch im deutschen Aktienrecht[1]. In beiden Rechtsordnungen ist dieser Grundsatz nicht ausdrücklich im Gesetz verankert, sondern ergibt sich aus einer Vielzahl von Vorschriften, die von der Rechtsprechung ergänzt werden. Die Darstellung und Erörterung im folgenden soll aufzeigen, wie unterschiedlich der Grundsatz der Kapitalaufbringung im englischen und deutschen Recht geregelt ist, und von welchen Vorstellungen die Gesetzgeber bei der Verwirklichung dieses Prinzips ausgegangen sind. Dabei sollen jedoch nur diejenigen englischen Regelungen zum Vergleich herangezogen werden, welche sich auf die 'public company limited by shares'[2] beziehen, da nur diese Gesellschaftsform der deutschen AG entspricht.

1) Für das englische Recht vgl. Gower S.104; für das deutsche Recht vgl. Baumbach-Hueck § 1 Anm.13; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 1 Anm.5; Kraft in Kölner Komm. § 1 Rdn.53; Lutter S.54

2) In s.1 des englischen Companies Act 1948 wird grundsätzlich unterschieden zwischen der 'private company' und der 'public company'. Die Gesellschaftsform kann hierbei die einer 'company limited by shares', einer 'company limited by guarantee' oder einer 'unlimited company' sein.

Hauptteil

Die Kapitalaufbringung und ihre Sicherung

§ 2 Kapitalaufbringung und Gründung der Gesellschaft

Sowohl das deutsche als auch das englische Recht enthalten Vorschriften, welche die Erlangung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft von der Erfüllung bestimmter, der Kapitalaufbringung dienender Voraussetzungen abhängig machen. Zweck dieser Vorschriften ist, gleich bei Eintritt der Gesellschaft in das Geschäftsleben einerseits einen gewissen Gläubigerschutz zu schaffen und andererseits sicherzustellen, daß die Gesellschaft über genügend Kapital verfügt, den Betrieb ihres Unternehmens zu beginnen.

A. Die Kapitalaufbringung als Gründungsvoraussetzung

Wenngleich beide Rechtsordnungen die Erlangung der Handlungsfähigkeit von der Erfüllung bestimmter, der Kapitalaufbringung dienender Voraussetzungen abhängig machen, so bestehen doch wesentliche Unterschiede sowohl bezüglich des Zeitpunktes, in welchem die Erfordernisse erfüllt sein müssen, als auch bezüglich der Härte dieser Anforderungen.

I. Nach deutschem Recht wird die Aktiengesellschaft mit der Eintragung im Handelsregister zugleich rechts- und handlungsfähig[1]. Die an die Kapitalaufbringung gestellten Forderungen müssen zu diesem Zeitpunkt erfüllt sein.

II. Im englischen Recht zerfällt dagegen die Gründung in zwei Phasen[2], wobei die Gesellschaft in der ersten Phase rechtsfähig, in der zweiten handlungsfähig wird: Rechtsfähigkeit erlangt die Gesellschaft gem. s.13 (2) Comp.Act 1948 mit ihrer Eintragung in das Register durch die Registerbehörde ('registrar of companies')[3]. Im Companies Act 1862 bedeutete dies für eine 'company' zugleich die Erlangung

---

1) Es ist allerdings umstritten, ob man von einer Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft sprechen kann, vgl. Grasmann S.380 mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. auch Busch S.67 ff

3) Voraussetzung hierzu ist die Feststellung eines 'memorandum' durch wenigstens sieben Gründer, s.2 Comp.Act 1948

der Geschäftsfähigkeit[1]. Dies gilt heute noch für 'private company'. Alle anderen Gesellschaften dürfen jedoch auch nach Erlangung der Rechtsfähigkeit keinerlei geschäftliche Tätigkeit aufnehmen, bevor sie nicht verschiedene Voraussetzungen erfüllt haben und vom 'registrar of companies' ein 'trading certificate' erhalten haben, in welchem der Gesellschaft die Erlangung der Geschäftsfähigkeit bescheinigt wird, s.109 (3) Comp.Act 1948[2].

Versteht man unter Gründung die Gesamtheit aller Erfordernisse, die erfüllt sein müssen, um die Gesellschaft als juristische Person entstehen zu lassen, so ist die Gründung mit der Eintragung und Erlangung der Eintragsbescheinigung[3] abgeschlossen. Dieser Vorgang wird in England allgemein als Gründung im eigentlichen Sinne betrachtet. Sieht man jedoch die Gründung als die Gesamtheit aller Erfordernisse an, die erfüllt sein müssen, um die Gesellschaft voll handlungsfähig werden zu lassen, so schließt diese erst mit der Erlangung des 'trading certificate' durch das 'registrar of companies' ab.

Die Einphasigkeit des Gründungsherganges im deutschen Recht mit dem zeitlichen Zusammenfallen von Erlangung der Rechtsfähigkeit und Erlangung der Geschäftsfähigkeit bewirkt, daß die erforderlichen Maßnahmen der Kapitalaufbringung alle vor dem Entstehen der Gesellschaft erbracht werden müssen[4]. Die Zweiphasigkeit des Gründungsherganges im englischen Recht erlaubt eine unterschiedliche Regelung. Da zur Erlangung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft lediglich die Angabe des 'nominal capital', dessen Einteilung in Aktien sowie die Angabe der von den Gründern übernommenen Aktien im 'memorandum' erforderlich ist[5], sind Maßnahmen der Kapitalaufbringung im eigentlichen Gründungsverfahren ohne Bedeutung. Sie gewinnen erst Bedeutung im Hinblick auf die Erlangung der Geschäftsfähigkeit[6].

---

1) So auch der Wortlaut der s.13 (2) Comp.Act 1948

2) Die vor Erlangung der Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft abgeschlossenen Verträge sind aufschiebend bedingt, s.109 (4) Comp. Act 1948

3) Vgl. s. 13 (1) Comp.Act 1948, sog. 'certificate of incorporation'

4) Im einzelnen vgl. unten S.18 f sowie 29

5) s.2 (4) (a) (b) Comp.Act 1948

6) Im einzelnen vgl. unten S.19 f sowie 28 f

B. Das Mindestaktienkapital

Von Bedeutung für den Schutz der Gläubiger ist nicht nur die Tatsache, daß überhaupt eine Kreditgrundlage besteht. Es gibt nur geringen Schutz, wenn die Gläubiger wissen, daß zwar ein Kreditfonds besteht, dieser aber beispielsweise nur 100 DM enthält. Die Kreditgrundlage einer Gesellschaft muß daher einen bestimmten Umfang haben, um einen wirksamen Schutz darzustellen.

I. Im deutschen Aktienrecht ist gemäß § 7 AktG der Mindestnennbetrag des Kapitals auf 100 000 DM festgesetzt worden. Die Gründung einer AG mit einem geringeren Grundkapital ist nicht möglich.

Der Grund für die Festsetzung eines Mindestnennbetrages des Grundkapitals im deutschen Aktienrecht besteht darin, daß das Gesetz nur Unternehmungen größeren Umfanges die Berechtigung zuerkennt, die Rechtsform einer Aktiengesellschaft zu wählen, denn nur dort besteht ein Bedürfnis, die Haftung der einzelnen Gesellschafter zu beschränken und dafür einen Garantiefonds für Gesellschaftsgläubiger zu schaffen[1]. Ein Garantiefonds von kleinem Umfang wäre ein schlechter Ersatz für die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter und würde nur einen geringen Schutz für die Gläubiger bedeuten.

II. In England dagegen ist im Companies Act 1948 kein Mindestaktienkapital festgesetzt. Auch läßt sich ein solches nicht mittelbar bestimmen. Zwar muß gemäß s.2 (4) (b) des Comp.Act 1948 jeder Unterzeichner des 'memorandum' mindestend eine Aktie übernehmen, und zur Gründung einer 'public company' sind gemäß s.1 (1) Comp.Act mindestens sieben Aktionäre erforderlich, so daß das Mindestaktienkapital die Summe der Nennwerte von 7 Aktien ist. Jedoch wird ein Mindestnennwert der Aktien ebenfalls nicht durch den Comp.Act 1948 gefordert[2]. Dies bedeutet, daß der Nennbetrag von Aktien ein Penny sein kann, wodurch theoretisch ein Mindestaktienkapital von nur 7 p nach dem englischen Aktienrecht möglich ist. Da der Nennwert von Aktien in England gewöhnlich sehr niedrig, oft auf 1 s, angesetzt wird, ist die Gründung einer Gesellschaft mit einem Kapital von 7 s keine Seltenheit[3].

---

1) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 7 Anm.1

2) Vgl. hierzu unten S.16

3) Vgl. Gower S.107

Für den englischen Gesetzgeber ist die Schutzfunktion, die dem Aktienkapital als Ersatz für die Haftungsbeschränkung der Gläubiger zukommt, von sekundärer Bedeutung. Die Aufgabe des Aktienkapitals ist vielmehr, die Gesellschaft mit dem für sie erforderlichen Betriebskapital zu versorgen. Die Festsetzung der Höhe des Aktienkapitals richtet sich daher lediglich nach dem Ausmaß der zum Betrieb des Unternehmens erforderlichen Mittel[1], das von den Gründern nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten in freiem Ermessen bestimmt wird. Darum ist es nach dem Companies Act 1948 nicht erforderlich, daß eine Gesellschaft einen Kreditfonds für Gläubiger in größerem Umfange schafft, um in der Form 'public company limited by shares' zu agieren. Auch kleine Unternehmen können daher diese Form wählen.

Weitaus strenger sind dagegen die Auflagen, welche die Börsen den Gesellschaften machen, wenn diese die Erlaubnis zur Notierung und zum Handeln ihrer Aktien an der Börse beantragen. So wird diese Erlaubnis nur erteilt, wenn der Marktwert aller notierten Wertpapiere einer 'company' wenigstens £ 250 000 beträgt oder betragen wird, und der Marktwert der Wertpapiere, die dem Publikum tatsächlich angeboten werden, wenigstens £ 100 000 beträgt[2]. Diese Voraussetzungen sind in den 'Requirements of the Federation of the Stock Exchanges' von 1966 festgelegt. Diese Regelungen sind zwar nicht zwingendes Recht. Sie müssen jedoch von Gesellschaften beachtet werden, welche die Notierung ihrer Aktien an einer Börse beantragen, und haben daher gesetzesähnliche Kraft. Der größte Teil der englischen Gesellschaften jedoch braucht diese Vorschriften nicht zu beachten, da ihre Aktien nicht an der Börse notiert werden[3].

III. Hinsichtlich der Mindesthöhe des Aktienkapitals besteht in Deutschland kein Bedürfnis, ebenso liberal zu sein wie Großbritannien. Einerseits stellt die Regelung nach § 7 AktG in gewissem Umfang einen Schutz der Gläubiger dar, die Aktiengesellschaften im allgemeinen als Unternehmen mit einer gewissen Kapitalbasis ansehen. Andererseits ist der

---

1) Vgl. Palmer S.99

2) Requirements of the Federation of the Stock Exchanges, 1966, App., Section A, Part I, para I. Zu berücksichtigen ist hier allerdings, daß auch Anleihen hierunter fallen.

3) Nicht einmal ein Drittel aller 'public companies' läßt ihre Aktien an einer Börse notieren, vgl. Pennington S.130

Mindestnennbetrag des Grundkapitals mit 100 000 DM aber so gewählt, daß auch verhältnismäßig kleinen Unternehmen die Möglichkeit gegeben wird, sich als Aktiengesellschaft zu organisieren[1]. Wo jedoch überhaupt kein Mindestgrundkapital besteht und das Gesellschaftskapital siebenmal einen Penny betragen kann, stellt dies auch dann keinen Sicherungsrückhalt für Gesellschaftsgläubiger dar, wenn alle sonstigen Vorschriften, die der Sicherung der Kapitalaufbringung dienen, beachtet werden. Für derartige Kleinstunternehmen in Form von Aktiengesellschaften besteht daher kein Interesse.

C. Der Mindestnennbetrag der Aktien

Der Nennbetrag der Aktien ist für die Beschaffung des Grundkapitals einer Gesellschaft von einer gewissen Bedeutung. Die Höhe des Aktiennennwertes entscheidet darüber, ob es dem Publikum leicht oder schwer fällt, Aktien zu zeichnen. Dies ist jedoch unter Umständen von entscheidendem Einfluß dafür, ob ein Unternehmen überhaupt und wie schnell es finanziert werden kann.

I. Der Companies Act 1948 fordert keinen Mindestnennbetrag der Aktien. Gem. s.2 (4) (a) müssen die Aktien lediglich einen festgesetzten Nennwert haben. Dies bedeutet, daß die Höhe des Nennwertes im Ermessen der Gründer steht. Es ist daher in England selten, daß der Nennwert der Aktien höher als £ 1 ist. Diese würde im übrigen auch die Marktfähigkeit der Aktien beeinträchtigen. Vielmehr sind Nennwerte von 10 s, 5 s oder sogar 1 s nicht ungewöhnlich[2].

II. Nach § 8 Abs.1 Satz 1 AktG dagegen ist für Aktien ein Mindestnennbetrag von 50 DM vorgeschrieben, und die Ausgabe von Aktien über einen geringeren Nennbetrag ist unzulässig, § 8 Abs.1 Satz 2 AktG.
Vom System des englischen Aktienrechtes her gesehen bietet der Verzicht auf einen Mindestnennwert der Aktien sowohl Vorteile wie Nachteile. Der niedrige Nennwert der Aktien erleichtert es dem kleinen Anleger und damit weitesten Kreisen, Aktien zu zeichnen. Auf diese Weise können die zur Zeichnung aufgelegten Aktien sehr schnell gezeichnet werden. Selbst in Zeiten der Geldknappheit wird man durch

---

1) Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 7 AktG, 1965, B.Kropff, 1965, S.22

2) Vgl. Pennington S.27

das Heranziehen der Kleinaktionäre größere Unternehmen finanzieren können.

Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt. Auf Grund des geringen Nennwertes der Aktien kann die Einlage ohne große Mühe sofort bei der Zuteilung der Aktien voll geleistet werden. Dies vereinbaren auch heute meistens die Gesellschaften mit den Zeichnern ihrer Aktien. Auf diese Weise hat die Gesellschaft die Geldmittel, die mit der Emission aufgebracht werden sollten, sofort zur Verfügung.
Beide Möglichkeiten, schnelle Zeichnung und schnelle Einzahlung der Aktienbeträge, entsprechen dem Wunsch des englischen Gesetzgebers, der Gesellschaft den Start in das Wirtschaftsleben zu erleichtern, indem ihr zügig das für sie erforderliche Betriebskapital zugeführt wird. Insoweit ist auch dem Interesse der Gläubiger gedient, da mit der raschen Kapitalaufbringung auch der Haftungsrückhalt der Gesellschaft entsteht.

Diesem Vorteil steht aber vom englischen Aktienrechtssystem her gesehen nicht unerheblicher Nachteil gegenüber. Gerade die Ausgabe von Aktien mit niedrigstem Nennwert, die bei der Zuteilung voll bezahlt werden, verhindert, daß ein Teil der zu leistenden Einlage, welcher zum Betrieb des Unternehmens nicht gebraucht wird, nicht aufgerufen wird und daher beim Zeichner verbleibt. Das 'uncalled capital' bzw. bei Anwendung der s.60 Comp.Act 1948 das 'reserve capital'[1], das nach dem Comp.Act einen starken Schutz für die Gläubiger bieten sollte, ist mit der Ausgabe von Aktien zu niedrigstem Nennwert und deren sofortiger Bezahlung zunichte gemacht[2]. Auf diese Weise wurde derKonzeption des Kapitals jeder indirekt innewohnende persönliche Kredit entzogen.

III. Nach deutschem Aktienrecht wird der Gläubigerschutz nicht durch die Nichtantastung eines beträchtlichen Teiles des übernommenen Kapitals bewirkt. Das "auf Eis legen" des Kapitals bis zur Liquidation der Gesellschaft, wie es nach s.60 Comp.Act 1948 möglich ist, ist zwar auch in Deutschland möglich, aber nicht üblich[3]. Dies bedeutet, daß

---

1) Vgl. oben S.7

2) Vgl. Gower S.122

3) Allerdings wird bei Versicherungsgesellschaften in der Regel nur das zur Eintragung der Gesellschaft erforderliche Viertel des Grundkapitals einbezahlt.

die Aufhebung eines Mindestnennbetrages für Aktien nur die geschilderten Vorteile bewirken würde. Der gleichen Ansicht war auch der Rechtsausschuß des Bundestages bei der Erörterung des § 8 AktG[1]. Er hat sich jedoch dem Regierungsentwurf gegenüber, der sich für die Beibehaltung eines Mindestnennbetrages von 100 DM aussprach[2], nur zu einem Kompromiß in Form der Senkung des Mindestnennbetrages auf 50 DM durchgerungen.

D. Der Umfang der Kapitalübernahme

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, wie hoch der Anteil des Grundkapitals einer Gesellschaft ist, der bei oder unmittelbar nach der Gründung zur Zeichnung aufgelegt bzw. übernommen werden muß. Wirtschaftlich gesehen muß dieser Betrag mindestens ausreichen, um einen erfolgreichen Geschäftsbetrieb beginnen zu können. Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger muß er als Haftungsrückhalt in einem angemessenen Verhältnis zu den Verbindlichkeiten der Gesellschaft stehen.

I. Im deutschen Recht ist gem.§ 29 AktG eine Gesellschaft erst errichtet mit der Übernahme aller Aktien, d.h. die Summe der Übernahmeerklärungen muß sich mit dem Grundkapital decken. Die Errichtung einer Gesellschaft ist ein Abschnitt im Gründungsverlauf der Gesellschaft[3]. Da sie notwendige Voraussetzung zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und Erlangung der Rechtsfähigkeit ist, kann keine Gesellschaft selbständige juristische Person werden, wenn ihr Grundkapital nicht vollständig übernommen wurde.

Bei Fehlen der vollständigen Übernahme des Grundkapitals lehnt das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ab, § 38 Abs.1 Satz 2 AktG. Ist die Gesellschaft jedoch in das Handelsregister eingetragen worden, ohne daß ihr Grundkapital vollständig übernommen wurde, so kann keine Klage auf Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft gem. § 275 AktG gestellt werden und keine Amtslöschung

---

1) Vgl. Ausschußbericht, Kropff S.23

2) Vgl. Begründung RegE zu § 8 AktG 1965, Kropff S.23

3) Zur Rechtsnatur des Errichtungsaktes sowie der errichteten Gesellschaft vgl. Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 29 Anm.2 ff; Godin-Wilhelmi § 29 Anm.2 ff

aus dem Handelsregister gem. § 144 FGG erfolgen. Das Aktiengesetz spricht in § 275 Abs.1 Satz 2 ausdrücklich aus, daß auf andere als in Satz 1 angegebene Gründe die Nichtigkeitsklage nicht gestützt werden könne. In § 275 Abs.1 Satz 2 i.V.m § 23 Abs.3 AktG ist aber die unvollständige Kapitalübernahme nicht erwähnt[1]. Für die restlichen noch nicht übernommenen Aktien gilt die gleiche Rechtsfolge, wie wenn das Kapital infolge aufgetretener Vertragsmängel nicht voll übernommen würde[2].

II.1) Im Comp.Act 1948 fehlt eine Vorschrift, nach der die vollständige Übernahme des 'nominal capital' als Gründungsvoraussetzung gefordert wird. Der Grund hierfür liegt einmal in der Zweiteilung des englischen Kapitalbegriffes. Der Kapitalbetrag, der gem. s.2 (4) (a) Comp.Act 1948 in das 'memorandum' eingetragen wird, stellt nur denjenigen Nominalbetrag dar, bis zu dem ohne die Formalien der Kapitalerhöhung neue Aktien gezeichnet werden dürfen. Es ist also von vorneherein konzipiert, daß zunächst nur ein Teil dieses Betrages, nämlich das 'issued capital' gezeichnet bzw. übernommen wird[3], da bei einer Vollzeichnung des 'nominal capital' gerade der Vorteil der Zweiteilung des englischen Kapitalbegriffes zunichte gemacht würde.
Jedoch ist es nach dem Comp.Act 1948 zur Gründung einer Gesellschaft auch nicht erforderlich, daß der Teil des 'nominal capital', für welchen tatsächlich Aktien gezeichnet werden ('issued capital'), einen bestimmten Bruchteil des 'nominal capital' ausmacht[4]. Der Kapitalumfang, der durch tatsächliche Zeichnung oder Übernahme von Aktien aufgebracht werden soll, steht insoweit völlig im Ermessen der 'directors'.

2) Der Comp.Act 1948 hat aber dennoch eine gewisse Sicherung der Kapitalaufbringung geschaffen. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit sowie

---

1) Vgl. Baumbach-Hueck § 275 Rdn.4; Barz in Großkomm. 2.Aufl. § 216 Anm.3; Godin-Wilhelmi § 275 Anm.2; a.A. Schlegelberger-Quassowski § 216 Anm.3, wonach Nichtigkeit des Ganzen Nichtigkeit einzelner Teile einbegreife.

2) Vgl. hierzu unten S.39 f

3) Vgl. in einzelnen oben S.5 ff

4) Im niederländischen Aktienrecht, das die gleiche Zweiteilung des Kapitalbegriffes kennt, wie England, schreibt art.36 e K vor, daß zur Entstehung einer Aktiengesellschaft wenigstens 20 % des in der Satzung angegebenen Kapitals tatsächlich gezeichnet werden müssen.

der Geschäftsfähigkeit einer Gesellschaft erfolgen getrennt[1]. Während aber zur Erlangung der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft im wesentlichen lediglich die Unterzeichnung des 'memorandum' erforderlich ist, bedarf die Erlangung der Geschäftsfähigkeit der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen im Hinblick auf die Zeichnung von Kapital:

s.47 (1) Comp.Act 1948 schreibt vor, daß im Falle einer öffentlichen Aufforderung zur Zeichnung die Aktien überhaupt nur zugeteilt werden dürfen, wenn ein bestimmter Mindestbetrag von Aktien gezeichnet wurde[2]. Dieser Betrag wird als 'minimum suscription' bezeichnet[3] und muß in dem Prospekt festgehalten sein, welcher die öffentliche Aufforderung zur Zeichnung begleitet, 4th Schedule Part I para.4 (a) Comp.Act 1948. In Verbindung hiermit bestimmt s.109 (1) (a) Comp. Act 1948, daß eine Gesellschaft ihre geschäftliche Tätigkeit erst aufnehmen kann, wenn Aktien in dem Umfang des Mindestbetrages zugeteilt wurden. Aus beiden Vorschriften folgt, daß die Gesellschaft Geschäftsfähigkeit erst erlangen kann, nachdem Aktien in Höhe der 'minimum subscription' gezeichnet und zugeteilt worden sind, d.h. wenn das 'issued capital' wenigstens in Höhe der 'minimum subscription' besteht[4].

Was aber ist 'minimum subscription'? Es ist ein bestimmter Mindestteil desjenigen Kapitals, welches tatsächlich durch die Ausgabe von Aktien aufgebracht werden soll. Der Umfang dieses Mindestbetrages wird in freiem Ermessen von den Direktoren der Gesellschaft festgesetzt. Weder das Gesetz noch das 'memorandum' noch die 'articles' setzen eine bestimmte Summe fest oder schreiben einen bestimmten Umfang der zur Zeichnung aufgelegten Aktien als 'minimum subscription' vor. Der Comp.Act 1948 gibt in 4th Schedule Part I para.4 (a) lediglich die Richtlinien zur Ermittlung des geeigneten Mindestbetrages an.

---

1) Vgl. oben S. 12 f

2) Aus der Formulierung der s.47 (1) ergibt sich, daß der Mindestbetrag auch dann gezeichnet ist, wenn zwar nicht die Summe der Nennbeträge der ausgegebenen Aktien, jedoch die Summe der Nennbeträge der Aktien plus Agio gleich dem Mindestbetrag ist.

3) Vgl. s.47 (3) Comp.Act 1948

4) Im Falle einer Übernahme des Kapitals durch die Gründer treffen diese Voraussetzungen natürlich nicht zu, da hier die gesamten Aktien bereits übernommen sind. Daher ist in diesem Falle zur Erlangung der Geschäftsfähigkeit nur die Übergabe eines 'statement in lieu of prospectus' (vgl.S.26 FN.1) nötig, s.109 (2) (a) Comp.Act 1948

Danach muß der zu zeichnende Mindestbetrag ausreichen um folgende Kosten zu decken:

a) den Kaufpreis von Vermögen, das ganz oder zum Teil mit Hilfe durch die Emission aufgebrachter Mittel gekauft wurde oder gekauft werden soll;

b) die Gründungsausgaben, insbesondere Gründerlohn sowie Gründungsspesen, welche von der Gesellschaft bezahlt werden müssen. Weiterhin Maklerlohn für das Plazieren von Aktien[1] sowie Kommissionen, die an Personen gezahlt werden müssen, damit diese Aktien zeichnen. Hierzu gehört insbesondere die Kommission an die sog. 'underwriters', die eine Emission garantieren[2];

c) die Rückzahlung von Geldern, welche von der Gesellschaft als Darlehen auf-genommen wurden, um die Schulden aus den erwähnten Geschäften zu begleichen;

d) das Betriebskapital.

Abgesehen von der Berücksichtigung dieser Richtlinien haben die Direktoren bei der Festsetzung des Mindestbetrages jedoch freie Hand[3]. Eine gewisse Kontrolle für die Ermittlung der 'minimum subscription' ergibt sich dadurch, daß dieser Betrag in den Prospekt aufgenommen werden muß. Dadurch wird er dem Interessenten offengelegt. Weitere Kontrollmöglichkeiten fehlen jedoch im Comp.Act 1948. So bleibt die entscheidende Frage offen, ob der als 'minimum subscription' genannte Betrag für die Zwecke der Gesellschaft als finanzielle Grundlage ausreicht. Dies zu beurteilen, obliegt nur den jeweiligen Interessenten[4].

---

1) Vgl. hierzu unten S.64

2) Vgl. hierzu unten S.64 ff

3) Vgl. Wortlaut in 4th Sch.Part I, para.4(a); vor Einführung dieser Richtlinien geschah es oft, daß die wenigstens sieben von den Gründern zu übernehmenden Aktien als 'minimum subscription' festgesetzt wurden, wodurch dieses Erfordernis völlig ausgehöhlt war.

4) Weitaus strenger ist auch hier die Kontrolle, der sich die Gesellschaften den Börsen gegenüber unterziehen müssen, wenn sie Antrag auf Börsennotierung und Handelserlaubnis für ihre Aktien stellen. App., Sect.A, Part I, para.III(A) der Requirements of the Federation of the Stock Exchanges verlangt eine Bestätigung des die Aktienausgabe assistierenden Emissionshauses, daß es sich vergewissert hat, daß die Festsetzung des Betriebskapitals gem. 4th Sch.,PartI,para.4 (a) (iv) von den Direktoren der Gesellschaft sorgfältig und gewissenhaft vorgenommen wurde. Wenn man berücksichtigt, wie die Emissionshäuser auf ihren guten Ruf bedacht sind, so wird leicht ersichtlich, daß dieses Erfordernis in der Tat eine gute Kontrolle über die Ermessenshandhabung der Direktoren gibt.

Hat eine Gesellschaft ein 'trading certificate' erhalten, ohne daß Aktien im Mindestumfang gezeichnet und zugeteilt wurden, so hat sie dennoch endgültig die Geschäftsfähigkeit erlangt. Das 'trading certificate' ist schlüssiger Beweis ihrer Geschäftsfähigkeit, s.109 (3) Comp.Act 1948. Möglich wäre allenfalls eine Klage auf Vernichtung gem.s.222 (f) Comp.Act 1948, wonach das Gericht die Liquidation der Gesellschaft anordnen kann "if it is just and equitable"[1]. Jedoch dürfte die unvollständige Zeichnung des Mindestbetrages wohl nicht für einen Erfolg der Klage ausreichen.

Die Zeichnung einer 'minimum subscription' als Voraussetzung zur Erlangung eines 'trading certificate' wird im allgemeinen als unnützes Hindernis beim Aufbau einer 'public company' empfunden, insbesondere in dem Normalfall, in welchem Arrangements über die Finanzierung der Gesellschaft getroffen werden, bevor diese geschäftsfähig ist. Aus diesem Grunde ist die Umgehung der s.109 Comp.Act 1948 zur allgemeinen Praxis geworden. Dies geschieht dadurch, daß ein Unternehmen zunächst in Form einer 'private company' gegründet wird. Für diese trifft s.47, sowie s.109 Comp.Act 1948 nicht zu. Das hat zur Folge, daß eine 'private company' mit der Rechtsfähigkeit zugleich Geschäftsfähigkeit erlangt. Nach Gründung der 'private company' wird diese in eine 'public company' umgewandelt. Hierzu bedarf es lediglich der Änderung ihrer 'articles' durch einen Sonderbeschluß und gem.s.30 Comp.Act 1948 der Einreichung eines 'statement in lieu of prospectus' bei der Registerbehörde. Der Erfolg dieser Umgehung ist, daß nicht einmal ein Mindestbetrag von Aktien gezeichnet und zugeteilt werden muß. Infolge der allgemeinen Praxis der Umgehung von s.109 Comp.Act 1948 ist diese Bestimmung sinnlos geworden. Da die Umgehung nach Ansicht des Jenkins Committee zu keinerlei Schäden geführt hat, wurde von diesem die ersatzlose Streichung der s.109 Comp. Act 1948 empfohlen[2]. Dies würde bedeuten, daß die Erlangung der Rechtsfähigkeit und der Geschäftsfähigkeit zusammenfiele und die Zeichnung eines Mindestbetrages nicht mehr Voraussetzung der Gründung in weiterem Sinne bliebe.

---

1) Dies geschah im Fall Princess of Reuss v. Bos (1871) L.R.5 H.L. 176, wo sich die Klage jedoch auf den gesetzeswidrigen Gesellschaftszweck stützte.

2) Report of the Company Law Committee, 1962 Cmnd.1749, para.65

III. Wie aus der verschiedenartigen Regelung über das Erfordernis der Voll- bzw. Teilzeichnung als Voraussetzung für Rechts- bzw. Geschäftsfähigkeit ersichtlich wird, verfolgen der deutsche und der englische Gesetzgeber zwei verschiedene Gesichtspunkte:

Der deutsche Gesetzgeber stellt mit der Vollübernahme des Grundkapitals als Gründungsvoraussetzung die zu errichtende AG auf eine möglichst feste Kapitalgrundlage. Das satzungsgemäß festgelegte Kapital der Gesellschaft muß zu Beginn ihrer Tätigkeit wenigstens einmal bestanden haben. Hier ist klar der Gedanke zu erkennen, daß die Schaffung eines sicheren Garantiefonds zugunsten der Gläubiger im Interesse eines geordneten Wirtschaftsablaufes vorrangig ist, selbst wenn durch die Regelung, die dieser Absicht zugrunde liegt, das Zustandekommen eines Unternehmens verzögert, wenn nicht gar verhindert werden kann.
Die englische Regelung dagegen, die es der Gesellschaft erlaubt, bis zur Erlangung der Handlungsfähigkeit nur eine geringe Anzahl Aktien zeichnen zu lassen, stuft das Interesse der Gesellschaft höher ein und ermöglicht dieser große Bewegungsfreiheit und Elastizität bei der Schaffung ihrer Kapitalbasis. Hierin wird ein belebendes Element für den gesamtwirtschaftlichen Ablauf gesehen.

Ein Vergleich der englischen und deutschen Regelung zeigt zunächst, daß die englische Teilzeichnung des 'nominal capital' für sich allein gesehen keinen Vorteil gegenüber der deutschen Vollzeichnung des Grundkapitals darstellt. Die Möglichkeit, nur einen Teil des 'nominal capital' zu zeichnen, stellt es in das Ermessen der Direktoren der Gesellschaft, für welchen Kapitalumfang zunächst Aktien gezeichnet werden sollen, und erlaubt ihnen, später im Bedarfsfall rasch weitere Aktien zur Zeichnung aufzulegen[1]. Die gleichen Möglichkeiten ergeben sich trotz Vollzeichnung des Grundkapitals auch im deutschen Recht seit Einführung des genehmigten Kapitals. Der Ermessensspielraum nämlich, den die 'company' bei der Festlegung des Umfanges ihres 'issued capital' hat, besteht ebenfalls für die Gründer einer AG bei der Festlegung des Grundkapitals, wenn auch mit der Beschränkung durch das Mindestgrundkapital. Eine andere Regelung ist auch gar nicht denkbar,

---

2) Vgl. oben S. 5 f

da nur die 'directors' bzw. die Gründer einer Gesellschaft die Art und das Ausmaß ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit kennen[1]. Ebenso gibt das genehmigte Kapital dem Vorstand einer AG die Möglichkeit, rasch neue Aktien zu emittieren[2].

Eine Erleichterung für eine englische Gesellschaft in bezug auf die Gestaltung ihrer Kapitalbasis ergibt sich jedoch dadurch, daß zur Erlangung der Geschäftsfähigkeit nur Aktien in Höhe der 'minimum subscription' gezeichnet sein müssen. Der Großteil der Aktien, die noch zur Zeichnung aufgelegt werden sollen, braucht also erst gezeichnet zu werden, wenn die Gesellschaft geschäftsfähig ist. Im Gegensatz hierzu steht die deutsche Regelung, wonach das Grundkapital, welches die Gründer festgelegt haben, vollständig vor Erlangung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit übernommen werden muß. Durch die englische Regelung wird einerseits sichergestellt, daß die Gesellschaft den Betrag aufbringt, der erforderlich ist, um zunächst einmal die Gründungskosten sowie die Kosten der Emission zu bezahlen. Weiterhin soll die Gesellschaft mit genügend Mitteln versehen sein, um ihren Betrieb aufbauen bzw. unterhalten zu können. Dies wird mit einer Vollzeichnung natürlich auch erreicht. Die Beschränkung auf den Mindestbetrag enthebt die Gesellschaft jedoch darüber hinaus der Mühe, einen Kapitalbetrag aufbringen zu müssen, den sie zu Beginn ihrer Existenz in dieser Höhe noch gar nicht benötigt und der zu einem Teil brachliegen würde. Abgesehen davon erschwert die Aufbringung eines größeren Kapitalumfanges den zügigen Beginn der wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschaft. Im Extremfall könnte das Zustandekommen einer Gesellschaft sogar an dem Erfordernis der Vollzeichnung des Grundkapitals scheitern[3].

Die Zeichnung nur eines Mindestbetrages vor Erlangung der Geschäftsfähigkeit mit nachfolgender Zeichnung des restlichen Kapitals schützt freilich die Gesellschaftsgläubiger nicht in dem Maße, wie dies durch die Vollzeichnung des Kapitals geschieht. Bei Vollzeichnung des Grund-

---

1) Nicht richtig ist daher, wenn Seydelmann, S.72 meint, gerade die Tatsache, daß die Festsetzung des Umfanges der tatsächlichen Ausgabe in das Ermessen der Direktoren gestellt sei, gewähre der Wirtschaft außerordentliche Freiheit und stünde im Gegensatz zur deutschen Regelung. Dies kann sich höchstens auf das Fehlen eines Mindestgrundkapitals beziehen.

2) Vgl. oben S.8 f

3) So auch Spahn S.7; Seydelmann S.66

kapitals ist mit Beginn der geschäftlichen Tätigkeit einer Gesellschaft der den Gläubigern durch das Grundkapital geschaffene Kreditfonds bereits in voller Höhe vorhanden. Demgegenüber ist nach der englischen Regelung bei Beginn der geschäftlichen Tätigkeit der Gesellschaft nur ein Teil des Kreditfonds vorhanden, während der andere Teil erst hinzuwächst. Aber es besteht, solange das Kapital, das gezeichnet werden soll, noch nicht voll gezeichnet wurde, nie Sicherheit, ob dies tatsächlich erreicht werden kann, d.h. ob sich auch genügend Zeichner finden werden. Mithin ist nicht sicher, ob der Kreditfonds, der durch die vorgesehene Auflegung der Aktien zur Zeichnung geschaffen werden soll, auch wirklich geschaffen werden kann. Bei der deutschen Regelung besteht dieser Unsicherheitsfaktor nicht. Entweder entsteht die AG nicht oder der Kreditfonds ist in voller Höhe vorhanden, und das Gesellschaftsvermögen unterliegt in dieser Höhe der Bindungswirkung des Grundkapitals.
Der Mindestzeichnungsbetrag selbst kann dagegen keinen ausreichenden Haftungsrückhalt für die Gesellschaftsgläubiger darstellen. Einmal wird dieser Kapitalbetrag nicht durch entsprechendes Gesellschaftsvermögen repräsentiert, da hiervon sofort Gründungskosten, Entschädigung für Gründer sowie etwaige Kommissionen bezahlt werden. Weiterhin gibt der in der Regel niedrige Mindestzeichnungsbetrag trotz der Tatsache, daß er der Gesellschaft zu dem benötigten Betriebskapital verhelfen soll, keine Gewähr dafür, daß die Gesellschaft für die auf sie zukommenden Aufgaben genügend finanziert ist. Die ungenügende Kontrolle bei der Festlegung der 'minimum subscription' unterstreicht dies noch. Dies hat zur Folge, daß die geschäftliche Tätigkeit der Gesellschaft ein Risiko fast ausschließlich für die Gesellschaftsgläubiger, nicht jedoch für die Gesellschaft selbst beinhaltet[1].

Zwar ermöglicht die englische Regelung eine flexiblere Gestaltung der Kapitalbasis. Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und damit letztlich eines sicheren Ablaufs der Gesamtwirtschaft muß jedoch die leicht mögliche Unterkapitalisierung einer Gesellschaft verhindert werden. Hierbei ist aber die Vollzeichnung eines genügend grossen Kapitalumfanges nach wie vor die am besten geeignete Möglichkeit.

---

1) Daher fordert Hadden S.307 auch im Gegensatz zum Jenkins Committee, den Beginn der geschäftlichen Tätigkeit der Gesellschaft von einem genügend großen Gesellschaftskapital abhängig zu machen.

E. Die Formen der Kapitalübernahme

Die Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung lassen sich grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt betrachten, ob sich eine Gesellschaft hierbei an die Öffentlichkeit wendet oder ob das Kapital nur von Gesellschaftsmitgliedern selbst übernommen wird. Diese Unterscheidung gilt auch im Gründungsstadium einer Gesellschaft mit den beiden bekannten Formen der Einheits- bzw. Simultangründung und der Stufen- bzw. Sukzessivgründung.
Die Bedeutung im Unterschied beider Gründungsformen liegt darin, daß die Aufbringung eines bestimmten zur Gründung erforderlichen Kapitals weitaus einfacher und schneller vonstatten geht, wenn nur eine geringe Anzahl von Personen hierbei beteiligt ist. Andererseits bereitet die Übernahme eines bedeutenden Umfanges von Kapital durch einen kleinen Kreis von Personen Schwierigkeiten, da diese häufig nicht über die finanziellen Mittel verfügen, die mit Hilfe der Öffentlichkeit aktiviert werden können.

I. Nach dem englischen Comp.Act 1948 sind beide Formen der Kapitalaufbringung möglich[1], wenn auch die zweiphasige Kapitalaufbringung die Regel ist. Es läßt sich jedoch nicht von Einheits- bzw. Stufengründung sprechen. Die Gründung einer Gesellschaft ist mit ihrer Eintragung in das Register gem. s.12 Comp.Act 1948 und mit der dadurch erlangten Rechtsfähigkeit abgeschlossen[2]. Die Kapitalaufbringung ist keine Voraussetzung zur Eintragung der Gesellschaft in das Register. Die Kapitalaufbringung und somit die Frage, ob diese mit Hilfe der Öffentlichkeit oder nur durch die Gründen geschehen soll, folgt daher im englischen Recht der Gründung einer Gesellschaft[3].

II. Nach deutschem Recht ist gem. §§ 2 und 29 AktG nur die Einheitsgründung möglich. Das AktG 1965 hat die früher nach § 30 AktG 1937 mögliche Form der Stufengründung beseitigt. Diese Änderung des Aktien-

---

1) Vgl. für die Kapitalaufbringung durch öffentliche Ausgabe s.2 (4) (b) und s.47(1), für die Kapitalaufbringung durch die Gründen s.2 (4) (b) und s.48(1) Comp.Act 1948. Beide Formen sind mit der Veröffentlichung eines Prospektes bzw. eines 'statement in lieu of prospectus' verbunden.

2) Vgl. hierzu im einzelnen oben S.12 f

3) Vgl. auch Baumann S.66

rechts war jedoch von keiner großen Bedeutung, da die Stufengründung in der Praxis kaum noch vorkam. Wollten die eigentlichen Gründer nicht alle Aktien übernehmen, so fungierte eine Bank oder ein Bankenkonsortium als Gründer, der die übrigen Aktien übernahm und sie beim Publikum später unterbrachte. Diese Praxis wird auch heute im Bedarfsfall beibehalten.

III. Die Tatsache, daß in Deutschland seit dem AktG 1965 nur die Simultangründung möglich ist, in England dagegen bei Neugründungen von Gesellschaften fast ausschließlich der Weg der stufenmäßigen Kapitalaufbringung beschritten wird, ist bei der Betrachtung der übrigen Vorschriften der Kapitalaufbringung im Zusammenhang mit der Gründung einer Gesellschaft zu verstehen. Im deutschen Recht kann gem. § 29 AktG die Aktiengesellschaft Handlungsfähigkeit nur erlangen, wenn ihr Grundkapital vollständig übernommen wurde[1]. Da die vollständige Zeichnung des Grundkapitals durch das Publikum naturgemäß wesentlich umständlicher und langwieriger ist als die Übernahme des Kapitals durch einen kleinen Personenkreis, würde das Erlangen der Rechtsfähigkeit einer AG bei Stufengründung zuviel Zeit in Anspruch nehmen. Daher bietet sich die Einheitsgründung für eine solche AG besonders an. Im Gegensatz hierzu bedarf es für eine englische Gesellschaft zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nur der Übernahme von sieben Aktien durch die Gründer[2], zur Erlangung der Geschäftsfähigkeit nur der Zeichnung von Aktien in Höhe der 'minimum subscription'[3]. Dieser verhältnismäßig geringe Umfang an Aktien kann auch ohne grossen Zeitverlust durch das Publikum oder gegebenenfalls durch 'underwriters'[4] gezeichnet werden. Der Großteil des Kapitals, das tatsächlich zur Zeichnung aufgelegt werden soll, kann also nach Erlangen der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft gezeichnet werden. Die englische Gesellschaft ist daher nicht auf die schnelle Übernahme ihres Kapitals angewiesen. Insoweit stellt die Möglichkeit, die Kapitalaufnahme stufenweise zu gestalten, für sie einen Vorteil dar, da in Zeiten der Geldknappheit, in der sich keine potenten Geldgeber als

---

1) Im einzelnen vgl. oben S. 18

2) Vgl. oben S. 14

3) Vgl. oben S. 20

4) Vgl. unten S. 64 f

Kapitalübernehmer finden, dennoch die Finanzierung eines Unternehmens mit Hilfe des großen Publikums möglich ist.
Im übrigen hat sich aber auch in England trotz der üblichen stufenweisen Kapitalaufbringung ein ähnlicher Weg herausgebildet, wie er in Deutschland gebräuchlich ist. Die Emission geht mit Hilfe eines sog. 'issuing house' vor sich, welche die Aktien zeichnet, worauf diese beim Publikum durch Plazieren oder sog. 'offer for sale' untergebracht werden[1]. Der rechtliche Unterschied zur deutschen Praxis besteht darin, daß das 'issuing house' im Gegensatz zum Emissionshaus oder Bankenkonsortium die Aktien nicht als Gründer übernimmt, sondern sie nach Gründung der Gesellschaft zeichnet.

F. Die Mindesteinzahlung

In der Anfangsphase der wirtschaftlichen Betätigung einer Gesellschaft kommt es nicht nur darauf an, daß durch Zeichnung eines genügend hohen Kapitalbetrages ein sicherer Haftungsrückhalt geschaffen wird, entscheidend ist auch, daß die Gesellschaft ausreichende Barmittel als Betriebskapital zur Verfügung hat. Diesem Erfordernis kann dadurch Rechnung getragen werden, daß die Einzahlung eines bestimmten Mindestbetrages des übernommenen bzw. gezeichneten Kapitals zur Gründungsvoraussetzung gemacht wird.

I. Wie schon gezeigt wurde, ist im englischen Recht die Zeichnung des Kapitals nicht zur Erlangung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft erforderlich. Das kann daher auch nicht für Einzahlung eines Mindestbetrages zutreffen. Jedoch ist die Erlangung der Geschäftsfähigkeit von einer Mindesteinzahlung abhängig[2]: Nach s.47 (1) Comp.Act 1948 dürfen Aktien nur zugeteilt werden, wenn Aktien im Umfang der 'minimum subscription" gezeichnet wurden und zugleich mit Zeichnung dieser Aktien die Mindesteinzahlung, das sog. 'application money', geleistet wurde[3]. Die von der Vornahme der Mindesteinzahlung abhängige Zuteilung der Aktien ist jedoch wiederum gemäß s.109 (1) Comp.Act 1948 Voraussetzung zur Erlangung der Geschäftsfähigkeit.

---

1) Vgl. im einzelnen Pennington S.196 ff; Palmer S.144 ff; Gower S.185 ff
2) Vgl. auch oben S.13
3) Zur Rechtsfolge bei dennoch erfolgter Zuteilung vgl. unten S.45 f

Der Umfang der Mindesteinzahlung beträgt nach s.47 (3) Comp.Act 1948 5 % des Nennwertes der gezeichneten Aktien. Aus dem Wortlaut der s.47 (3) Comp.Act 1948 folgt weiter, daß dieser Betrag auf jede einzelne Aktie eingezahlt werden muß. Es genügt also nicht, daß auf die eine Hälfte der gezeichneten Aktien 10 %, auf die andere Hälfte dagegen nichts einbezahlt wird[1].

Die Leistung dieser Mindesteinzahlung erfolgt an die Gesellschaft, die bereits gegründet und somit rechtsfähig ist[2]. Als Voraussetzung zur Erlangung der Geschäftsfähigkeit einer Gesellschaft kann die Mindesteinzahlung natürlich ebenso wie die Forderung einer Mindestzeichnung dadurch umgangen werden, daß eine Gesellschaft zunächst in Form einer 'private company' gegründet und später in eine 'public company' umgewandelt wird[3].

II. Nach deutschem Recht darf gemäß § 36 Abs.2 AktG die Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erst erfolgen, wenn mindestens ein Viertel der Bareinlagen der gezeichneten Aktien geleistet wurde. Auch hier muß auf jede Aktie ordnungsgemäß eingezahlt sein, und es genügt nicht, daß die eingeforderte Gesamtsumme gezahlt ist[4]. Empfänger dieser Leistung ist die errichtete Gesellschaft. Ist der Mindestbetrag nicht einbezahlt worden, so hat das Gericht die beantragte Eintragung abzulehnen, § 38 I 2 AktG. Hat das Gericht aber trotz eines Verstoßes gegen die Forderung der Mindesteinzahlung die Eintragung vorgenommen, so ist die AG entstanden. Sie kann nun wegen fehlender Mindesteinzahlung ebensowenig mehr vernichtet werden, wie dies der Fall ist, wenn trotz unvollständiger Übernahme des Kapitals eine Eintragung in das Registers erfolgte. Auch hier greift § 275 AktG nicht ein[5].

III. Auch bei der Regelung der Mindesteinzahlung zeigt sich die grundsätzlich verschiedene Auffassung des deutschen und englischen Gesetz-

---

1) Die Rechtsfolgen im Falle der fehlenden Mindesteinzahlung sind die gleichen wie bei fehlender Mindestzeichnung, vgl. oben S.

2) Zu beachten ist jedoch, daß auch hier s.109 (4) Comp.Act 1948 eingreift und daher ein Vertrag auf Mitgliedschaft,der durch Zeichnung und Zuteilung zustande gekommen ist, nur bedingt ist, vgl. Palmer S.230

3) Vgl. oben S. 22

4) RG 144, 351 ff

5) Vgl. oben S. 18 f

gebers. Die Mindesteinzahlung von einem Viertel des Nennbetrages der Aktien in Relation zum Mindestkapital gesetzt, das vollständig übernommen werden muß, bedeutet, daß die AG zur Gründung mindestens 25.000 DM Bargeld in Händen haben muß[1]. Auch hinsichtlich der Ausstattung der Gesellschaft mit Barmitteln zum Betrieb ihres Unternehmens zeigt sich also beim deutschen Gesetzgeber der Wunsch nach Solidität sowie das Verlangen, das Wirtschaftsgefüge nicht durch Zulassung unterkapitalisierter Unternehmen zu gefährden. Anders dagegen das englische Recht: Hier kann wegen Fehlens eines Mindestkapitals aus der Mindesteinzahlung nicht auf eine effektive Mindesteinlage geschlossen werden. Die Quote der Mindesteinzahlung selbst wird außerdem so niedrig gehalten, daß die Festlegung ihrer Höhe praktisch im Ermessen der Gesellschaft steht. Der Gesetzgeber hat nur sichergestellt, daß überhaupt etwas eingezahlt wird. Hier zeigt sich wiederum die vollkommene Freiheit und Flexibilität, die in England den Gesellschaften bei der Finanzierung gewährt werden.
Eine Senkung des Betrages der Mindesteinzahlung wäre aber für das deutsche Aktienrecht nicht empfehlenswert. Eine effektive Mindesteinlage von 25 000 DM, ein Betrag also, der unter heutigen Umständen nicht sehr bemerkenswert ist, scheint niedrig genug.

---

1) Vorausgesetzt allerdings, daß keine Sacheinlagen vereinbart wurden.

§ 3 Übernahme und Zeichnung des Kapitals

Welche Art der Kapitalbeschaffung eine Aktiengesellschaft auch immer wählt, die Rechtsgrundlage für die Aufbringung des Kapitals ist die Verpflichtung der Aktionäre zur Leistung der den Aktien entsprechenden Einlagen. Diese wird entweder durch die Zeichnungs- oder durch die Übernahmeerklärung begründet. Deren rechtlicher Charakter, ihre Bindungswirkung, sowie die Rechtsfolgen, welche eintreten, wenn die Einlageverpflichtung mangelhaft ist, sind daher für den Erfolg der Kapitalaufbringung von entscheidender Bedeutung.

A. Die Übernahme von Aktien

I. Nach englischem Recht geschieht die Übernahme von Kapital durch die Unterzeichnung des 'memorandum of association'. Nach s.2 (4) Comp. Act 1948 muß jeder Unterzeichner im 'memorandum' diejenige Anzahl von Aktien angeben, welche er übernimmt, und dies muß mindestens eine Aktie sein.

1. Die Unterzeichnung des 'memorandem' ist ein Vertrag sui generis zwischen der Gesellschaft und jedem einzelnen Unterzeichner[1], dessen Bindung mit der Eintragung des 'memorandum' in das Register entsteht[2]. Die Unterzeichnung hat aber keine dingliche Wirkung mit der Folge, daß der Unterzeichner Inhaber der Aktien ist, welche für ihn in das 'memorandum' aufgenommen wurden. Vielmehr wird nur die Verpflichtung begründet, die Aktien bei Zuteilung zu nehmen und in diesem Fall die Einlagen bei Aufruf zu bezahlen[3]. Diese Verpflichtung entfällt sogar, wenn die Gesellschaft ihr gesamtes 'nominal capital' Dritten zuteilt, denn in diesem Fall können dem Unterzeichner des 'memorandum' keine Aktien mehr zugeteilt werden[4].

---

1) Hickmann v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Assoc. (1915) 1 Ch.881; Lurgan's (Lord) Case(1902) 1 Ch.710 per Buckley J.; (1867) L.R.2 Ch.427,430

2) s.13(2) Comp.Act 1948, s.20 (1) Comp.Act 1948

3) Alexander v. Automatic Telephone Co. (1900) 2 Ch.56,63; erwirbt der Unterzeichner später Aktien durch Zeichnung und Zuteilung, so schließt die Zuteilung dieser Aktien, soweit nichts anderes vereinbart, auch die durch Unterzeichnung des 'memorandum' übernommenen Aktien mit ein (Re Freen and Co.(1866), 15 L.T.406; Gilman's Case (1886) 31 Ch.D.420; Re China SS and Labuan Coal Co., Ltd., Drummond's Case (1869) 4 C.A.772; Dunster's Case(1894) 3 Ch.473)

Die gesetzliche Rechtsfolge der Unterzeichnung des 'memorandum' ist, daß die Unterzeichner nunmehr als Gesellschafter gelten, s.26 (1) Comp. Act 1948. Die Zuteilung der Aktien, wie sie bei der Zeichnung durch das Publikum Voraussetzung zum Erwerb der Mitgliedschaft ist, ist hier nicht notwendig, ebensowenig die Eintragung in das Mitgliederregister[1].

2. Aus der Tatsache, daß die Unterzeichnung des 'memorandum' ein Vertrag ist, könnte man schließen, daß die allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes anwendbar sind. Dies trifft aber nur teilweise zu. Bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Register und der Erlangung des 'certificate of incorporation' gelten die allgemeinen Regeln bezüglich der Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Täuschung usw. Nachdem die Gesellschaft jedoch rechtsfähig geworden ist, ist die Rechtslage verschieden:
Wurde der Unterzeichner durch falsche Angaben eines Gründers zur Unterzeichnung des 'memorandum' verleitet, so kann er diese nicht anfechten. Lord Buckley, J. argumentierte in Re Metal Constituens, Ltd., Lord Lurgan's Case[2] folgendermaßen: "Before the incorporation of the company Sims (Gründer) was not the agent of the company, because the company did not exist, and therefore Lord Lurgan (Unterzeichner) could not have been induced to sign for the shares by misrepresentation of the company or its agent"[3].
Die Geltendmachung sonstiger Mängel der Unterzeichnung ist deswegen ausgeschlossen, weil das 'certificate of incorporation' gemäß s.15 (1) Comp.Act 1948 schlüssigen Beweis darüber gibt, daß keine Unrichtigkeiten im Zusammenhang mit der Unterzeichnung des 'memorandum' geschehen sind. Weiterhin gelten Unterzeichner gemäß s.26 (1) Comp.Act 1948 mit der Eintragung der Gesellschaft in das Register als Gesellschafter.
Der Sinn dieser Vorschrift ist, daß die Gesellschaft überhaupt nur

---

4) Mackley's Case (1875) 1 Ch.D.247; die Verpflichtung zur Übernahme lebt aber wieder auf, wenn wieder Aktien zugeteilt werden können, z.B. bei Kapitalerhöhung, vgl. Evan's Case (1867) 2 C.A.427

1) Re London and Provincial, etc., Co. (1877) 5 Ch.D.525

2) (1902) 1 Ch.707

3) Bei einer öffentlichen Zeichnung dagegen besteht Schutz für den Zeichner aufgrund der Regeln über Ausgabe eines falschen Prospektes, vgl. Karnberg's Case, Re Metropolitan Coal Association (1892) 3 Ch.1

unter der Voraussetzung gegründet werden kann, daß die Unterzeichner Gesellschafter werden, und daß Dritte bei der Zeichnung von Aktien auf diese Mitgliedschaft vertrauen. Dieser Umstand führt dazu, daß es gegen Treu und Glauben[1] verstößt, wenn ein Übernehmer bestreiten würde, daß er in die Übernahme von Aktien eingewilligt hat oder daß diese Einwilligung bindend ist[2]. Das bedeutet, daß sich ein Übernehmer, wenn er tatsächlich unterzeichnet hat, nicht auf Willensmängel infolge von Irrtum, Täuschung usw. oder auf Formmängel und dergleichen berufen kann. Allerdings ist die Geltendmachung von Ansprüchen zwischen den Unterzeichnern nicht ausgeschlossen[3].
Eine Ausnahme ergibt sich jedoch für Mängel, die aus Geschäftsunfähigkeit herrühren. Geschieht die Unterzeichnung des 'memorandum' beispielsweise durch einen Minderjährigen, so ist der Vertrag zwar nicht nichtig, jedoch vernichtbar[4]. Nach Vernichtung des Vertrages wird der Name des Unterzeichners gem.s.116 (1) (a) Comp.Act 1948 auf Antrag aus dem 'register of members' gelöscht[5]. Der Minderjährige kann jedoch die bereits auf die Aktien geleisteten Zahlungen nur dann zurückverlangen, wenn er hierfür keinerlei Gegenleistung erhalten hat, was jedoch nicht schon dann der Fall ist, wenn er keine Dividende bekommen hat oder die Aktien nicht im Wert gesteigen sind. Eine Gegenleistung ist bereits erbracht, wenn die übernommenen Aktien von materiellem Wert waren[6].
Darüber hinaus haftet der Minderjährige Dritten gegenüber wie ein gewöhnlicher Gesellschafter, solange sein Übernahmevertrag noch nicht

---

1) Das englische 'estoppel' entspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB mit dem Unterschied, daß es sich im englischen Recht um eine prozessuale Institution handelt.

2) Vgl. Gower S.373

3) Vgl. Palmer S.103

4) Newry and Enniskillen Rail.Co. v. Coombe (1849), 3 Exch.565; North Western Rail.Co. v. M'Michael, Birkenhead, Lancashire and Cheshire Junction Rail.Co. v. Pilcher (1850), 5 Exch.114; Re Alexandra Park Co., Hard's Case (1868) 6 Eq.512; Re Financial Corpn., Sassoon's Case (1869) 20 L.T.161

5) Dies kann auch nach Erlangung der Geschäftsfähigkeit geschehen, vgl. Re Laxon and Co. (1892) 3 Ch.561

6) Steinberg v. Scala (Leeds), Ltd.(1923) 2 Ch.452, verdrängte die frühere Entscheidung Hamilton v. Vaughan-Sherring Electrical Engineering Co., (1894) 3 Ch.589

vernichtet war. Diese Entscheidung erfolgte im Hinblick auf das Interesse der Gesellschaftsgläubiger, wurde aber nicht ohne Bedenken getroffen[1].

Hat der vermeintliche Übernehmer jedoch das 'memorandum' überhaupt nicht unterzeichnet, so kann der Einwand, ein Übernahmevertrag sei nicht abgeschlossen worden, nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Dies wird zwar weder in der englischen Literatur noch in der Rechtsprechung diskutiert, muß sich aber aus dem Wortlaut der s.26 (1) Comp.Act 1948 ergeben, wonach die Unterzeichner als Gesellschafter gelten. Wenn keine Unterzeichnung erfolgt ist, muß daher s.26 (1) Comp.Act 1948 und damit auch der Grundsatz von Treu und Glauben versagen. Daraus folgt, daß bei Unterzeichnung des 'memorandum' durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht[2], sowie bei gefälschter Unterschrift eine Berufung auf die Nichtexistenz eines Vertrages auch nach Erlangung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft erfolgreich ist.

Soweit trotz Eintragung der Gesellschaft in das Register die Verpflichtung zur Übernahme von Aktien durch Unterzeichnung des 'memorandum' nichtig oder vernichtet ist, hat dies für den Bestand der Gesellschaft keinerlei Folgen. Wegen des schlüssigen Beweises, den das 'certificate of incorporation' gem. s.15 (1) Comp.Act 1948 in bezug auf die Erfüllung aller Erfordernisse zur Erlangung der Rechtsfähigkeit gibt, haben alle Unrichtigkeiten, die bei dem Übernahmevertrag auftraten, keinerlei Wirkung auf die Existenz der Gesellschaft. Daher bleibt diese rechtsfähig, wenn wegen Unwirksamkeit eines Übernahmevertrages nur sechs statt sieben Personen das 'memorandum' wirksam unterzeichnet haben[3]. Die nicht übernommenen Aktien werden im Rahmen der öffentlichen Zeichnung ausgegeben, ihr Schicksal unterscheidet sich in keiner Weise von anderen Aktien, die zur Zeichnung aufgelegt werden. Die Gesellschaft könnte allenfalls einer Klage auf Vernichtung gem. s.222 (f) Comp.Act 1948 zum Opfer fallen[4]: Nach s.222 (f) kann das

---

1) Re Laxon and Co. (1892) 3 Ch.555

2) Vgl. hierzu auch Levita's Case (1870), 5 Ch.App.489

3) Re Laxon and Co. (1892) 3 Ch.555

4) Diskutiert wird in der englischen Literatur neben s.222 (f) noch die Auflösung durch den 'attorney general', vgl. Pennington S.32, Gower S.259, Palmer S.122 f

Gericht die Liquidation der Gesellschaft anordnen "if it is just and equitable". Die Klage aus s.222 (f) Comp.Act 1948 griff bisher in England aber nur in dem Fall gegen s.15 (1) Comp.Act 1948 durch, in welchem eine Gesellschaft trotz gesetzwidrigem Gesellschaftszweck in das Register eingetragen worden war[1]. Bei anderen Mängeln im Hinblick auf die Erlangung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft gilt daher s.15 (1) Comp.Act 1948 uneingeschränkt.

II.1. Im deutschen Recht kann die Übernahme von Aktien durch die Gründer nur im Rahmen der Simultangründung erfolgen. Die früher herrschende Meinung sah in den Übernahmeerklärungen parallel laufende, einseitige körperschaftliche Erklärungen, welche empfangsbedürftig waren[2]. Heute wird allgemein angenommen, daß die Übernahmeerklärung in der Satzung ein neben der Satzungsfeststellung stehender Vertrag ist, der zwischen den Gründern abgeschlossen wird[3]. Dies ergibt sich daraus, daß die Übernahmeerklärung, soll sie bindend werden, den übrigen Gründern nicht nur zugehen muß, sondern auch ihren Konsens benötigt. Weiterhin ist die Entstehung von Rechten aus der Übernahmeerklärung noch von der Zuteilung der Aktien abhängig. Durch den Übernahmevertrag verpflichten sich die Gründer Mitglieder der AG zu werden und Aktien zu übernehmen. Dies ist jedoch kein gegenseitiger, sondern ein körperschaftlicher Vertrag, da die Verpflichtungen nur Ausfluß der eigentlichen vertraglichen Verpflichtung, nämlich der Gründung der AG sind.

2. Da die Übernahme von Aktien ein Vertrag zwischen den Gründern ist, sind die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte grundsätzlich anwendbar. Jedoch ergibt sich die Frage, inwieweit die besonderen aktienrechtlichen Bestimmungen die allgemeinen Vorschriften verdrängen. Das Gesetz selbst schweigt hierzu. Es hat sich jedoch eine seit langem feststehende Rechtsprechung gebildet, der die herrschende Meinung folgt[4]:

---

1) Princess of Reuss v. Bos (1871) L.R. 5 H.L., 176

2) RG 118,274

3) Ritter § 2 Anm.4; Schlegelberger-Quassowski § 2 Anm.8; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 2 Anm.2; Godin-Wilhelmi § 23 Anm.20 unter Hinweis auf die Vorauflage § 16 Anm.8

4) RG 129,191; 145,155; 148,98; 149,25; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 2 Anm.4 ff; Godin-Wilhelmi Anm.7 ff vor § 23; Schlegelberger-Quassowski § 2 Anm.9; Ritter § 2 Anm.6

a) Solange die AG ihre Rechtspersönlichkeit noch nicht durch Eintragung in das Handelsregister erlangt hat, gelten die allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln über die Geschäftsfähigkeit, Anfechtung wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung, Nichtigkeit wegen Wuchers oder Verstoß gegen die guten Sitten. Die Unwirksamkeit von Übernahmeerklärungen auf Grund dieser Mängel hat zur Folge, daß das Grundkapital der Gesellschaft nicht voll übernommen wurde, und daß die Gesellschaft keine Rechtsfähigkeit erlangen kann[1]. Das Registergericht hat, wenn ihm bei der Gründungsprüfung eine mangelhafte Übernahmeerklärung bekannt wird, die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen[2].

b)aa) Nach Eintragung der Gesellschaft jedoch ist die Anfechtung wegen Willensmängeln, die bei der Übernahme von Aktien aufgetreten sind, ausgeschlossen[3]. Dies gilt sowohl für die AG wie für deren Gesellschafter. Mit Eintragung wird auch eine Anfechtung ex nunc unwirksam, die schon vorher erklärt wurde[4]. Weiterhin können Gesellschafter mit dem Einwand der Nichtigkeit der Kapitalübernahme wegen wucherischer Übervorteilung[5] oder Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB[6] nicht mehr gehört werden. Darüber hinaus kann auch kein Schadensersatz wegen Verschuldens eines Vorstandsmitgliedes aus Organhaftung der Gesellschaft gem. § 31 BGB geltend gemacht werden, da dies im Ergebnis einer Anfechtung gleichkäme und zur Rückgewähr der Einlage führen würde[7]. Die Begründungen für die Nichtberücksichtigung von Willensmängeln differieren und lassen sich im wesentlichen nach zwei Gesichtspunkten einteilen, wobei sich auch innerhalb der Meinungsgruppen verschiedene Abweichungen ergeben.

Einmal wird der Ausschluß der Anfechtung durch rechtstheoretische Konstruktionen zu begründen versucht:
Nach einer wenn auch heftig umstrittenen Richtung verbindet sich bei der Kapitalübernahme ein Vertragselement mit einer auf Entstehung einer

---

1) Vgl. oben S.18

2) Zur Gründungsprüfung durch das Registergericht vgl. unten S. 106 ff

3) ROHG 5,415; 20,275; RGZ 2,133; 9,39; 19,126; 45,106; 54,128; 57,297; 62,29; 68,309; 71,97; 72,293; 83,264; 88,188; 123,102; 124,279; 127, 191; 142,103; 145,158; RG in LZ 1908,535; in JW 1903,183;in DJZ 1902,435

4) RG 82,378

5) RG 123,102; RG II 70/43 v.2.8.1943

6) RG 82,375; 127,191; 147,103

7) Vgl. Godin-Wilhelmi Anm.7 vor § 23

Aktiengesellschaft abzielenden Verpflichtungserklärung der Gründer, die an die Öffentlichkeit[1] gerichtet ist. Diese Erklärung schließt die Anfechtung der Kapitalübernahme aus. Einer solchen Meinung kann aber nicht zugestimmt werden: Das Vorhandensein einer solchen Verpflichtungserklärung führt weder zu einem gesetzlichen noch zu einem vertraglichen Ausschluß der Anfechtung bei Willensmängeln. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß die Verpflichtung der Öffentlichkeit gegenüber erklärt wurde. Warum sollte sich eine solche Verpflichtungserklärung von anderen unterscheiden, bei denen die Möglichkeit der Anfechtung außer Zweifel steht? Auch durch Auslegung des objektiven Geschäftswillens gem. § 133 BGB läßt sich bei derartigen Verpflichtungserklärungen kein Ausschluß des Gestaltungsrechtes der Anfechtung finden.

Weiterhin wird gesagt, daß die Mängel bei der Kapitalübernahme, weil zum Komplex des Gründungsvorganges gehörig, allein durch die Sondervorschriften der §§ 275 ff AktG geregelt werden[2]. Die §§ 216 ff AktG betreffen jedoch einmal nur die Frage nach dem Bestand der Gesellschaft, nicht dagegen nach Wirksamkeit der Kapitalübernahme. Weiterhin wird die Kapitalübernahme durch § 216 AktG auch nicht indirekt betroffen, da eine unvollständige Kapitalübernahme nicht die Rechtsfolgen des § 216 AktG nach sich zieht.

Die zweite Gruppe von Meinungen versucht die Frage allein aus der Interessenlage bei der Gründung einer AG zu klären[3]. Mit der Eintragung in das Handelsregister entsteht die Gesellschaft als selbständige Rechtspersönlichkeit. Von diesem Zeitpunkt an müssen sich die Gesellschaftsgläubiger darauf verlassen können, daß das als Ersatz für die Beschränkung der persönlichen Haftung der Gesellschafter aufgebrachte Kapital auch wirklich gesichert ist und nicht wieder an die Einleger zurückfließt. Vom Zeitpunkt der Eintragung ist daher das Interesse am Grün-

---

1) Vgl. Schmidt-Landrut in Großkomm. 2.Aufl. § 2 Anm.2,3, teilweise abweichend 3.Aufl. § 2 Anm.2,3; A.Wieland in ZHR 64,58 ff; Schnorr v. Carolsfeld in DNotZ 1963,415; Herbig in DJ 1936,1716 ff; v.Gierke in DPrR I,150 f sprach von einem sozialen Konstitutivakt oder Gesamtakt; ebenso Kreß in LZ 1911,346; Fischer AR 74; RGZ 118,269; 127,186; BGHZ 21,378. Ausführliche Darstellung und Kritik dieser Meinungen durch Lobedanz, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, 1938

2) Vgl. Georgakopoulos S.115 ff

3) Vgl. K.Wieland II, S.24,54; Lutter S.87 ff; Moos in ZHR 70,184 ff; Breit in ZHR 76,437 ff; Müller-Erzbach in Jher.Jahrb. 83,257 ff; Molitor in Anm. zu RG in JW 1929,643; jetzt auch Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 2 Anm.4

dungsvorgang unbeteiligter Dritter und das Interesse des Gründers abzuwägen. Diese Abwägung ergibt im Falle der allgemeinen Anfechtungsregeln den Vorrang des Interesses der Öffentlichkeit an der gesicherten Kapitalaufbringung gegenüber dem Interesse des Übernehmers.

Bis hierher ist der Meinungsstreit von keiner allzu großen Bedeutung, da nach beiden Meinungen das gleiche Ergebnis auftritt. Jedoch hat die zweite Meinung aufgrund des Kriteriums der Interessenabwägung eine Differenzierung zur Folge. Da das Interesse nur der am Gründungsvorgang unbeteiligten Dritten und das des Gesellschafters abgewogen wird, kann nach dieser Meinung eine Anfechtung auch nach Erlangung der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft erfolgen, wenn dadurch die Interessen Dritter nicht berührt werden[1]. Dies hat zur Folge, daß der Gesellschaft kein Vorteil als Reflex zukommt, wenn die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nicht berührt werden.
Die zweite Meinung verdient den Vorzug. Sie scheint im Gegensatz zur ersten Meinung mit der Interessenabwägung nur auf eine tatsächliche Lage abzustellen. Jedoch zeigt sich der Vorrang des Interesses der Gesellschaftsgläubiger in der gesamten Konzeption der Kapitalaufbringung und -erhaltung und kommt in mannigfachen Regelungen des AktG zum Ausdruck. Das Abstellen auf das Interesse der Gesellschaftsgläubiger steht daher auf weitaus festerer rechtlicher Grundlage als die Behauptung, die Verpflichtungserklärung an die Allgemeinheit habe den Ausschluß der Anfechtung zur Folge. Des weiteren ermöglicht die zweite Auffassung eine bessere Differenzierung der Rechtsfolge bei aufgetretenen Mängeln und wird dadurch Einzelfällen gerechter als die einseitige erste Meinung. So ist eine Geltendmachung eines Rechtsmangels zweifellos gerechtfertigt, wenn dadurch Gläubigerinteressen nicht berührt werden, denn das Interesse der Gesellschaft allein ist nach der Konzeption des AktG keineswegs schutzwürdiger als das Interesse des Übernehmers.

bb) Wird jedochnach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geltend gemacht, daß überhaupt kein Wille des vermeintlichen Gründers vorgelegen hat, Aktien zu übernehmen, so sind nach allen Meinungen die

---

1) Vgl. K.Wieland in ZHR 64,95 ff; Müller-Erzbach in Jher.Jahrb.83, 315; Herbig in DJ 1936, 1722 ff; K.Wieland II S.24 ff; Lobedanz, S.177 ff; Lutter S.88

allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts anwendbar. Daher ist der Einwand, die Unterschrift des Gründers sei gefälscht worden, ebenso wirksam wie der, es hätte ein falsus procurator gehandelt oder die Erklärung des Übernehmers sei ohne oder gegen seinen Willen an die Öffentlichkeit gelangt und sei nicht dazu bestimmt gewesen, rechtsgeschäftlichen Charakter anzunehmen[1]. Wichtigster Fall jedoch ist mangelnde oder beschränkte Geschäftsfähigkeit. Hier gelten die §§ 104 ff BGB[2]. Als Begründung ergibt sich für die erste der eben diskutierten Auffassungen, daß eine Verpflichtungserklärung an die Öffentlichkeit gar nicht abgegeben wurde. Die zweite Meinung stellt dagegen bei der Interessenabwägung auf den jedes andere Interesse überragenden Schutz ab, der Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen im zivilrechtlichen System gewährt wird. Gleiches muß natürlich auch dort gelten, wo gar keine Willenserklärung abgegeben wurde.

Werden nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister Übernahmeerklärungen unwirksam, so hat dies zur Folge, daß das Grundkapital der Gesellschafter nicht voll übernommen wurde oder daß möglicherweise ein Gründer zu wenig vorhanden ist. Beides hat jedoch keine Auswirkungen auf den Bestand der Gesellschaft, da diese Tatbestände nicht in die abschließende Regelung des § 275 AktG aufgenommen wurden[3]. Daraus ergibt sich auch, daß sich die anderen Beteiligten nicht auf § 139 BGB berufen können.

Die Gesellschaft hat dem vermeintlichen Übernehmer die geleisteten Einlagen zurückzugewähren. Dieser ist nicht Gesellschafter, sondern Gläubiger der Gesellschaft. Deshalb finden die Prinzipien der Kapitalerhaltung keine Anwendung[4].

Durch die Eintragung der AG in das Handelsregister mit dem satzungsgemäßen Grundkapital sind auch die nicht übernommenen Aktien entstanden. Diese müssen wegen § 2 AktG von den Gründern übernommen werden[5]. Gelingt

---

1) Vgl. RG 45,141; OLGR 32,124

2) Einhellige Meinung, vgl. RGZ 145,159; Godin-Wilhelmi Anm.8 vor § 23; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 2 Anm.3; Ritter § 2 Anm.6; Schlegelberger-Quassowski § 2 Anm.9

3) Vgl. oben S. 18 f

4) Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 2 Anm.4 b; Godin-Wilhelmi Anm.9 vor § 23

5) Vgl. Godin-Wilhelmi Anm.9 vor § 23; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 2 Anm.5

dies nicht, so muß die Gesellschaft ihr Grundkapita herabsetzen. Sinkt infolge der Kapitalherabsetzung das Grundkapital unter den gem. § 7 AktG festgelegten Mindestnennbetrag und wird nicht gleichzeitig wieder gem. § 228 AktG erhöht, so ist die AG aufzulösen[1].

III. Der Vergleich der Regelungen der Kapitalübernahme nach englischem und deutschem Recht ergibt eine starke Ähnlichkeit dieses Rechtsinstituts und seiner Handhabung in beiden Rechtsbereichen. Sowohl das AktG als auch der Companies Act 1948 versuchen, die Wirksamkeit von Übernahmeverträgen trotz aufgetretener Rechtsmängel im Interesse des Drittschutzes aufrechtzuerhalten, wenn auch die rechtlichen Begründungen hierfür verschieden sind. Vor Eintragung der Gesellschaft in das Register kann nach beiden Rechtsordnungen jeder Rechtsmangel geltend gemacht werden. Danach jedoch sind die meisten Rechtsmängel unbeachtlich,und nur noch fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit, Fälschung der Unterschrift sowie das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht führt zur Nichtigkeit des Übernahmevertrages. Ist jedoch der Rechtsmangel eines Übernahmevertrages beachtlich, so kann nach englischem Recht, nach welchem der Schutz Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger nicht so ausgeprägt ist wie im deutschen Recht, der Minderjährige meist die geleisteten Einlagen nicht zurückerhalten. Dies ist nur möglich, wenn er von der Gesellschaft keinerlei Gegenleistung hierfür erhalten hat. Darüber hinaus haftet er Dritten gegenüber wie ein gewöhnlicher Gesellschafter, solange sein Übernahmevertrag noch nicht vernichtet war. Im deutschen Aktienrecht greift demgegenüber die Haftung der Gründer im Falle eines Verschuldens ein, § 46 AktG. Hieraus ergibt sich, daß die Regelungen der Kapitalübernahme nach beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf den Drittschutz gleichwertig sind.
Die Folgen der Nichtigkeit eines Übernahmevertrages, etwa unvollständige Übernahme des Kapitals oder zu geringe Anzahl der Gründer, hat nach beiden Rechten keine Auswirkung auf den Bestand der Gesellschaft. Auflösung der Gesellschaft kann jedoch im deutschen Recht möglich sein, wenn das Grundkapital infolge der Nichtigkeit der Übernahmeverträge und der folgenden Kapitalherabsetzung unter das Mindestkapital sinkt und

---

1) Vgl. Godin-Wilhelmi a.a.O.

die Gesellschaft ihr Kapital nicht gleichzeitig wieder erhöht. Im englischen Recht ist eine derartige Rechtsfolge dagegen nicht möglich, da ein Mindestbetrag des Grundkapitals im Companies Act 1948 nicht vorgesehen ist[1].

B. Die Zeichnung von Aktien

I. Englisches Recht

1. Der weitaus größte Teil des Kapitals einer englischen Gesellschaft wird nicht durch die Übernahme von Aktien durch die Gründer beschafft, sondern indem das Publikum die Aktien zeichnet. Auch hier wird die Mitgliedschaft durch Vertrag geschaffen, allerdings im Gegensatz zur Unterzeichnung des 'memorandum' durch einen gegenseitigen Vertrag zwischen Gesellschaft und Zeichner. Der hierbei von der Gesellschaft zu publizierende Prospekt ist noch kein Angebot an den Zeichner, sondern lediglich eine invitatio ad offerendum. Angebot ist vielmehr die Zeichnung ('application') der Aktien durch den Wertpapieranleger, und der Vertrag kommt zustande, wenn die Gesellschaft das Angebot durch die Zuteilung ('allotment') der Aktien annimmt[2]. Je nach den einzelnen Umständen kann jedoch auch in der Zuteilung der Aktien das Vertragsangebot, in der Zeichnung dagegen die Annahme liegen[3]. Die Annahme, also in der Regel die Zuteilung, begründet die Einzahlungsverpflichtung des Zeichners. Da der Zeichnungsvertrag ein gewöhnlicher Vertrag ist, gelten für sein Zustandekommen grundsätzlich die allgemeinen Regeln des englischen Vertragsrechtes[4]. Diese sind jedoch teilweise im Interesse der Kapitalaufbringung durch Sonderregelungen des Companies Act 1948 eingeschränkt.

2. So ist nach dem allgemeinen Vertragsrecht die Zeichnung, wenn sie eine Offerte ist, als solche bis zu ihrer Annahme frei widerruflich. Wenn jedoch eine Aktienausgabe mit einem 'prospectus issued generally' ver-

---

1) Vgl. oben S. 14 f

2) Re Oriental Commercial Bank, Alabaster's Case (1868) 7 Eq.273; Re Peruvian Railways Co., Robinson's Case (1869), 4 Ch.App.322; Re Metropolitan Fire Insurance Co., Wallace's Case (1900) 2 Ch.671; zur Erlangung der Mitgliedschaftsrechte ist jedoch noch die Eintragung des Zeichners in das 'register of members' erforderlich, vgl. Halsburry S.237; Gower S.373

3) Vgl. Halsburry S.237

4) Vgl. Smith-Neenan S.217

bunden wird, d.h. wenn sie sich ausschließlich an Personen richtet, die keine Aktionäre der Gesellschaft sind[1], so kann eine Zeichnung gem. s.50 (5) Comp.Act 1948 erst nach Ablauf des dritten Tages nach Auflegung der Zeichnungsliste widerrufen werden. Der Grund für diese Regelung war, den Widerruf der Zeichnung durch Spekulanten zu erschweren. Ein solcher erfolgte regelmäßig, wenn die gezeichneten Aktien für die Spekulanten keinen Profit durch Weiterverkauf versprachen. Es brachte für die Gesellschaften große Unannehmlichkeiten mit sich, wenn ihre Ausgabe gezeichnet war, danach jedoch ein Teil der Zeichnungen widerrufen wurde. Durch s.50 (5) Comp.Act 1948 sind die Zeichner nun drei Tage lang an ihr Angebot gebunden, und die Gesellschaft hat Zeit genug, die Zeichnung anzunehmen. Der Effekt ist daher praktisch die Unwiderruflichkeit von Zeichnungen bei Ausgaben, die sich ausschließlich an Nichtgesellschafter wenden. Dennoch erschien die dreitägige Zeitspanne dem Jenkins Committee zu kurz. Es schlug daher zum Schutze der Gesellschaften vor, daß Zeichnungen unmittelbar von der Ausgabe des Prospektes an sieben Tage lang unwiderruflich sein sollten[2].

3. Die Anwendung der allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes bedeutet weiterhin, daß die Zeichnung bedingt sein kann (sog. 'application with a condition precedent')[3]. Wenn in einem solchen Fall Aktien zugeteilt werden, ohne daß die Bedingung später eintritt, so ist der Vertrag nicht zustande gekommen[4]. Von der 'application with a condition precedent' zu unterscheiden ist jedoch die 'application with a condition subsequent or collateral agreement'[5]. In diesem Fall ist die Zeichnung nicht bedingt. Vielmehr wird vereinbart, daß die Leistung der Einlagen erst erfolgen soll, wenn die Gesellschaft eine Verpflichtung aus einem anderen

---

1) Vgl. die Legaldefinition von 'prospectus issued generally' in s.39 (1) (a): "... issued to persons who are no existing members or debenture holders of the company".

2) Vgl. Report of the Company Law Committee, Cmnd.1749, para.239

3) Das englische Vertragsrecht faßt den Begriff 'condition' erheblich weiter als das kontinentale Recht. Bedingung ist nicht nur ein zukünftiges ungewisses Ereignis, sondern auch ein in der Vergangenheit oder Gegenwart liegender gewisser oder ungewisser Umstand. Als 'condition' eines Vertrages werden insbesondere alle jene Umstände angesehen, mit deren Bestehen oder Nichtbestehen kraft Zusicherung oder kraft Rechtsatzes der Vertrag steht oder fällt, vgl. im einzelnen Cheshire und Fifoot, S.122 ff; Sutton and Shannon S.89 ff. Bedingt sind im übrigen auch Zeichnungen im Rahmen eines 'underwriting agreement', da hierbei die Zeichnung nur wirksam ist, soweit die Aktien nicht anderweitig gezeichnet werden, vgl. hierzu unten S.

4) 5)

zwischen ihr und dem Aktionär bestehenden Vertrag erfüllt hat. Zweck der Vereinbarung einer 'condition subsequent' ist es also, daß der Zeichner hiermit die Erfüllung eines Vertrages erzwingen kann, welchen er neben der Zeichnung mit der Gesellschaft abgeschlossen hat. So wurde in Elkington's Case[1] vom Aktionär die Annahme von Gütern und die Bezahlung des Kaufpreises durch die Gesellschaft erzwungen. Der Unterschied zwischen einer Zeichnung mit 'condition precedent' und einer solchen mit 'condition subsequent' zeigt sich, wenn die Gesellschaft insolvent wird[2]. Im Falle der bedingten Zeichnung wurde der Zeichner bei Nichteintritt der Bedingung nicht Aktionär und haftet daher nicht, während im letzteren Fall der Zeichner trotz Nichterfüllung des 'collateral agreement' durch die Gesellschaft als Aktionär haftet.
Im Gegensatz zur Zeichnung muß die Zuteilung ohne Bedingung erfolgen, damit ein wirksamer Vertrag zustande kommt. Ist die Zuteilung bedingt, so gilt sie als neues Angebot[3], was der modifizierten Annahme gem. § 150 Satz 2 BGB entspricht.

4. Aus der grundsätzlichen Anwendung des allgemeinen Vertragsrechtes auf den Zeichnungsvertrag folgt weiter, daß dieser vernichtet werden kann, wenn bei seinem Abschluß Irrtum[4] oder Täuschung[5] vorlagen, oder wenn

---

4) Vgl. Simpson's Case (1869) L.R. 4 Ch.184; Roger's Case and Harrison's Case (1868) L.R.3 Ch.633; Wood's Case (1858) 3 DeG. and J 85; Shaw's Case (1876) 34 L.T.715; Wood's Case (1873) L.R.15 Eq.236

5) Vgl. Plamer S.177

1) (1867) L.R. 2 Ch.511

2) Elkington's Case (1867) L.R.2 Ch.511; Fisher's Case and Sherrington's Case (1885) 31 Ch.D.120; Bridger's Case (1870) L.R.5 Ch.305; Tompson's Case (1865) 4 DeG.J. and S.749

3) Re Leeds Banking Co., Addinell's Case (1865) L.R.1 Eq.255; Jackson v. Turquand (1869) L.R.4 H.L.305

4) Re International Society of Auctioneers and Valuers, Baillie's Case (1898) 1 Ch.110; Cundy v. Lindsey (1878), 3 App.Cas.459; Hartley's Case (1875) 10 Ch.App.157; Re Haylake Rail.Co. Ex parte Keightley (1874) W.N.18, bestätigt in (1874) W.N.47; Re London and Mediterranian Bank Ltd., Wright's Case (1871) 7 Ch.App.55; Reese River Mining Silver Company v. Smith (1869) L.R.4 H.L.74

5) Sehr ausgeprägt ist die Rspr. zur Frage der Anfechtung wegen falscher Angaben im Prosekt, vgl. Venezuela Central Rail.Co. v. Kirsch (1867), L.R.2 H.L.99; Gover's Case (1875), 1 Ch.D.182; Oakes v. Turquand and Harding (1867) L.R. 2 H.L.325; Re Hull and County Bank, Burgess's Case (1880) 15 Ch.D.507

der Zeichner minderjährig war[1]. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Anfechtung vor oder nach Erlangung der Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft erfolgt.

5. Neben den allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes kommen zwei bemerkenswerte aktienrechtliche Sonderregelungen auf die Zeichnungsverträge zur Anwendung, die zum Schutze der Kapitalanleger geschaffen wurden. Im Falle ihrer Anwendung ist die Zuteilung der Aktien an die Zeichner trotz Übereinstimmung mit den allgemeinen Erfordernissen des Aktienrechts nichtig bzw. vernichtbar.
Der erste Fall betrifft Gesellschaften, die in ihrem Prospekt veröffentlicht haben, daß sie für ihre Aktien Handelserlaubnis an der Börse beantragt haben oder beantragen werden. Wenn in einem solchen Fall die Erlaubnis nicht vor Ablauf des dritten Tages nach Prospektveröffentlichung beantragt wurde oder sie von der Börse vor Ablauf von drei Wochen nach Schließung der Zeichnungslisten verweigert wurde, so ist die Zuteilung der Aktien an die Zeichner nichtig, s.51 (1) Comp.Act 1948[2]. Die geleisteten Einlagen sind gem. s.51 (2) Comp.Act 1948 von der Gesellschaft an die Zeichner zurückzuzahlen. Geschieht dies nicht innerhalb von 8 Tagen, haften die Direktoren als Gesamtschuldner.

Eine weitere Möglichkeit, die Zuteilung trotz Beachtung aller vertraglicher Regeln zu vernichten, ergibt sich in Verbindung mit dem Erfordernis, ein dem Umfange nach von den Direktoren bestimmtes Mindestkapital ('minimum subscription'), welches in den Prospekt aufgenommen werden muß, zu zeichnen, wenn eine Gesellschaft erstmals Aktien zur Zeichnung auflegt[3]. Gemäß s. 47 (1) Comp.Act 1948 darf die Gesellschaft auf Zeichnung ihrer Aktien hin keine Zuteilung vornehmen, bevor nicht dieser Mindestbetrag gezeichnet und für jede Aktie davon bei ihrer Zeichnung die Mindesteinzahlung geleistet wurde. Diese darf gem. s.47 (3) Comp.

---

1) Newry and Enniskillen Rail.Co. v. Coombe (1849) 3 Exch.565; North-Western Rail.Co. v. M'Michael, Birkenhead, Lancashire and Cheshire Junction Rail.Co. v. Pilcher (1850) 5 Exch.114; Re Alexandra Park Co., Hart's Case (1868) L.R.6 Eq.512; Re Financial Corpn., Sassoon's Case (1869) 20 L.T.161; Hamilton v. Vaughan-Sherrin Electrical Engineering Co., (1894) 3 Ch.589

2) Das gleiche gilt beim Abschluß von Konsortialverträgen, vgl. s.51 (6) Comp.Act 1948

3) Zum Begriff und zur Bedeutung des Mindestbetrages vgl. oben S.20 f

Act 1948 nicht weniger als 5 % des Nennwertes der gezeichneten Aktie sein[1].

Diese Regelung bezweckt dreierlei: Einmal wird hierdurch die Gesellschaft gehindert, ihre Tätigkeit aufzunehmen, solange sie nicht über hierfür erforderliche Geldmittel verfügt. Des weiteren bedeutet diese Regelung einen Schutz für Gläubiger, indem sie sicherstellt, daß ein gewisser Kreditfond als Ersatz für beschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter vorhanden ist. Insoweit ist s.49 (1) Comp.Act 1948 Teil des Prinzips der Kapitalaufbringung. Darüber hinaus wird aber auch der Schutz der Kapitalanleger erreicht. Auf Grund der Festlegung der 'minimum subscription' im Prospekt ist es ihnen möglich zu beurteilen, ob dieser Betrag für die Betätigung der Gesellschaft ausreicht. Außerdem kann der Zeichner nicht Gesellschafter werden, wenn nur ein geringerer Kapitalbetrag durch die Zeichnungen aufgebracht wird und dieser nicht ausreicht, die Aufgaben der Gesellschaft im vorgesehenen Umfang auszuführen[2]. Da die genannten Gründe nur bei dem Beginn der gesellschaftlichen Tätigkeit auftreten, greift s.47 Comp.Act 1948 mit Ausnahme der Mindesteinzahlung von 5 % des Nennbetrages der gezeichneten Aktien nur bei der ersten öffentlichen Auflegung von Aktien zur Zeichnung ein, s.47 (6) Comp.Act 1948.

Wurde der Mindestbetrag des Kapitals nicht innerhalb von 40 Tagen nach Veröffentlichung des Prospektes gezeichnet, so darf die Gesellschaft endgültig keine der gezeichneten Aktien mehr zuteilen. Sie muß den Zeichnern vielmehr den bei der Zeichnung zu leistenden Teil der Einlage zurückgewähren, anderenfalls greift eine gesamtschuldnerische Haftung der Direktoren ein, s.47 (4) Comp.Act 1948[3].

Hat eine Gesellschaft dennoch die gezeichneten Aktien zugeteilt, obwohl der Mindestbetrag noch nicht gezeichnet wurde oder obwohl er nach Ablauf von 40 Tagen nach Veröffentlichung des Prospekts nicht erreicht wurde oder im Prospekt überhaupt kein Mindestzeichnungsbetrag angegeben war[4], so treten nach s.49 Comp.Act 1948 folgende Rechtswirkungen ein:

---

1) Vgl. hierzu oben S. 29

2) Vgl. Gower S.300; Pennington S.239

3) S.47 (4) Comp.Act 1948 greift jedoch nur vor Zuteilung der Aktien ein, nicht danach (vgl. Burton v. Bevan (198) 2 Ch.246), da eine solche Zuteilung nicht nichtig, sondern nur vernichtbar ist, vgl. die folgenden Erörterungen.

4) Vgl. Roussel v. Burnham (1909) 1 Ch.127

Zwar ist die Zuteilung der Aktien nicht nichtig. Jedoch kann der Zeichner die Zuteilung der von ihm gezeichneten Aktien durch entsprechende Erklärung vernichten[1]. Solange diese Erklärung noch nicht vom Zeichner abgegeben wurde, kann die Vernichtbarkeit der Zuteilung nicht dadurch geheilt werden, daß inzwischen Aktien in Höhe des festgelegten Mindestzeichnungsbetrages gezeichnet wurden. Entscheidend für die Vernichtbarkeit der Zuteilung ist der Zeitpunkt, in welchem die Zuteilung erfolgte[2].

Das Recht, die Zuteilung der Aktien zu vernichten, besteht nicht für die Gesellschaft, da es nur zum Schutz des Zeichners geschaffen wurde. Hat dieser durch die Erklärung die Zuteilung der von ihm gezeichneten Aktien vernichtet, so hat die Gesellschaft die vom Zeichner geleisteten Einlagen zurückzugewähren[3].

II. Im deutschen Recht bestand die Möglichkeit zur Kapitalaufbringung durch öffentliche Auflegung der Aktien zur Zeichnung gem. § 30 Abs.2 AktG 1937 im Rahmen der Stufengründung. Da diese jedoch durch das AktG 1965 beseitigt wurde, ist die Zeichnung von Aktien nur noch im Rahmen der Kapitalerhöhung gem. § 185 AktG möglich. Auch hier ist allerdings eine Zeichnung dieser Art nicht üblich. Vielmehr übernimmt meist eine Bank oder ein Konsortium sämtliche neue Aktien. Im Gegensatz zur Gründung ist die Übernahme von Aktien bei der Kapitalerhöhung jedoch kein Erfordernis, und eine Zeichnung durch das Publikum bleibt möglich.

1. Hinsichtlich der Rechtsnatur der Zeichnung gilt im wesentlichen das gleiche wie bei der Kapitalübernahme durch die Gründer. Für die Rechtsnatur ergibt sich daher nach h.M. und entgegen RGZ 108,274, daß diese keine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist, sondern daß

---

1) Die Vernichtung der Zeichnung kann gem. s.49 (1) Comp.Act 1948 nur innerhalb von 4 Wochen nach dem 'statutory meeting', oder falls die Zuteilung erst danach erfolgte, innerhalb von 4 Wochen nach Zuteilung erklärt werden. Ohne Einfluß hierauf ist, ob sich die Gesellschaft in Liquidation befindet oder nicht.

2) Vgl. Mears v. Western Canada Pulp and Paper Co., Ltd., (1905) 2 Ch. 353; Glasgow Pavilion Ltd. v. Motherwell, (1903) 6 F.(Ct.of Sess.)116

3) Die Gesellschaft kann jedoch für den hierbei erlittenen Schaden einen Anspruch gegen Direktoren geltend machen, die vorsätzlich die Beschränkungen in s.47 (1) Comp.Act 1948 umgingen, s.49 (2) Comp.Act 1948

sie durch Vertrag zwischen Zeichner und AG zustande kommt[1]. Hierbei ist die Zeichnung selbst ein an die AG gerichtetes Vertragsangebot, durch das sich der Zeichner bis zu einem im Zeichnungsschein festgesetzten Zeitpunkt zur Übernahme der Aktien verpflichtet. Die Annahme durch die Gesellschaft erfolgt durch die Zuteilung der Aktien[2].

2. Im Gegensatz zum englischen Recht ist im deutschen Recht die bedingte Zeichnung von Aktien unzulässig. Dies ergibt sich aus der Regelung des § 185 Abs.2 2.Alt. AktG[3]. Jedoch wird die Nichtigkeit solcher Zeichnungen mit Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung gem. § 189 AktG geheilt, wenn der Zeichner auf Grund des Zeichnungsscheines als Aktionär Rechte ausgeübt oder Verpflichtungen erfüllt hat, § 185 Abs.3 AktG. Jedoch bleiben im Falle der Heilung der Nichtigkeit die Bedingungen der Gesellschaft gegenüber unwirksam[4].
Das gleiche gilt bei einem Verstoß gegen die gem. § 185 Abs.1 AktG geforderte Schriftform. Die Zeichnung ist nichtig, jedoch tritt mit Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung Heilung ein.

3. Auch für die Behandlung von Rechtsmängeln, die bei der Zeichnung auftraten, sowie deren Rechtsfolge, gilt das entsprechende wie bei der Übernahme von Aktien durch die Gründer[5]. Dies bedeutet, daß vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister gem. § 189 AktG die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regelungen über Geschäftsfähigkeit, Anfechtung wegen Irrtum, Täuschung oder Drohung, Nichtigkeit wegen Wucher oder Verstoß gegen die guten Sitten zur Anwendung kommen. Nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung jedoch ist die Anfechtung der Zeichnung wegen Willensmängeln nach h.M. ausgeschlossen, die Geltendmachung von beschränkter oder absoluter Geschäftsunfähigkeit, Fälschung der Zeichnung oder Zeichnung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht möglich[6].

---

1) Vgl. im einzelnen oben S. 35

2) Vgl. Fischer in Großkomm. 2.Aufl. § 152 Anm.1; Baumbach-Hueck § 185 Anm.3; davon abweichend Godin-Wilhelmi § 185 Anm.2, der in Zeichnung und Zuteilung kein einheitliches Rechtsgeschäft, sondern zwei getrennte Rechtsgeschäfte sieht.

3) Vgl. auch RG 83,258

4) Vgl. RG 77,71

5) Vgl. Baumbach-Hueck § 185 Anm.7; Godin-Wilhelmi § 185 Anm.1

6) Vgl. im einzelnen oben S. 36 ff

Als Rechtsfolge der Nichtigkeit von Zeichnungen ergibt sich, daß die Kapitalerhöhung nur in entsprechend geringerer Höhe in das Handelsregister eingetragen werden kann, wenn sich die Nichtigkeit einer Zeichnung vor Eintragung herausstellt. Ergibt sich dabei, daß die beschlossene Mindesterhöhung nicht erreicht wird, so kann die Durchführung einer Kapitalerhöhung überhaupt nicht eingetragen werden, und es entfällt die Einzahlungsverpflichtung auch der Zeichner, deren Zeichnung wirksam war. Diese können die Rückgewähr bereits geleisteter Einlagen wegen ungerechtfertigter Bereicherung fordern[1]. Ergibt sich die Nichtigkeit von Zeichnungen jedoch nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung, so gilt das gleiche wie im Falle der Nichtigkeit von Übernahmeerklärungen nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Trotz Nichtigkeit der Zeichnungserklärung sind die Aktien entstanden. Gelingt deren Zeichnung jedoch nicht, so hat die Gesellschaft ihr Kapital entsprechend herabzusetzen. Wird infolge dieser Herabsetzung der Mindesterhöhungsbetrag unterschritten, so bedeutet dies aber dennoch nicht, daß die Bindung aller Zeichner der neuen Aktien endet[2].

III. Im Gegensatz zur Kapitalübernahme sind die Regelungen bei der Zeichnung von Aktien im englischen und deutschen Recht hinsichtlich der Sicherung der Kapitalaufbringung im Drittinteresse nicht gleichwertig. Im deutschen Recht ist der Zeichner an sein Angebot gebunden, da ein Widerruf der Zeichnung nach Zugang nicht möglich ist, weiterhin eine bedingte Zeichnung in gewissen Fällen zwar wirksam ist, der Zeichner jedoch sich nicht auf die Bedingung berufen kann. Die Einlagen des Zeichners oder die Verpflichtung hierzu bleiben der Gesellschaft erhalten und kommen daher Dritten zugute. Im englischen Recht ist dagegen Widerruf, wenn auch stark eingeschränkt, sowie Bedingbarkeit der Zeichnung möglich. Dies bedeutet, daß die Ausgabe der Aktien auch nach deren Zeichnung noch nicht gesichert ist.

Weiterhin ergibt sich ein Unterschied dadurch, daß im englischen Recht, im Gegensatz zur Regelung bei der Kapitalübernahme, die Wirksamkeit der Zeichnung bei aufgetretenen Mängeln nachträglich entfallen kann. Das Risiko unwirksamer Zeichnungsverträge haben hier die unbeteiligten Gesellschaftsgläubiger zu tragen. Diese werden jedoch nicht durch eine

---

1) Baumbach-Hueck § 185 Anm.6

2) Vgl. Godin-Wilhelmi § 185 Anm.1; a.A. Baumbach-Hueck § 185 Anm.5

Haftung der Gründer oder Direktoren der Gesellschaft entlastet[1]. Dies erscheint ungerechtfertigt. Zwar können Gründer oder Direktoren an der Unwirksamkeit von Zeichnungen ebenso schuldlos sein wie die Gesellschaftsgläubiger, sie stehen jedoch diesen Vorgängen und den sich daraus ergebenden Schäden auf Grund ihrer Funktion in der Gesellschaft sachlich näher als völlig unbeteiligte Dritte[2]. Die grundsätzliche Auffassung des englischen Gesetzgebers, die Gesellschaftsgläubiger nicht stärker zu schützen als Dritte, die in unwirksamer Weise Aktien gezeichnet und zu Unrecht Einlagen geleistet haben, sondern vielmehr die Risikoverteilung dem Lauf der Dinge zu überlassen, führt wegen der allgemeinen vertragsrechtlichen Regelungen unweigerlich zur Bevorzugung der Zeichner. Das deutsche Recht dagegen schützt Gesellschaftsgläubiger insoweit, als es die Geltendmachung von Rechtsmängeln bei Zeichnungsverträgen nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung auf drastische Fälle beschränkt und in diesen Fällen die Gründer bei Verschulden haften läßt.

In beiden Rechtsbereichen kann die Unwirksamkeit von Zeichnung und Zuteilung eintreten, wenn nicht ein bestimmter Mindestbetrag gezeichnet wurde, im englischen Companies Act 1948 die 'minimum subscription', im deutschen Recht der allerdings nicht gesetzlich geforderte Mindesterhöhungsbetrag. Beide Regelungen dienen u.a. Gläubigerinteressen. S.49 (1) Comp.Act 1948 ist hier jedoch, was die Rechtsfolge anbelangt, flexibler, indem sie nur die Vernichtbarkeit, nicht dagegen die Nichtigkeit der Zuteilung anordnet. Hierdurch wird dem Zeichner einmal eine Wahlmöglichkeit gegeben, ob er Aktionär bleiben will oder nicht. Es mögen Gründe dafür sprechen, Aktionär zu bleiben und für den aufgetretenen Schaden die Direktoren gem. s.49 (2) Comp.Act 1948 haften zu lassen. Außerdem kann hierdurch u.U. immerhin eine Teilaufbringung des Kapitals erreicht werden, was für Gläubiger besser ist als gar keine Aufbringung.

---

1) Das gleiche gilt bei Nichtigkeit der Zuteilung wegen Verweigerung der im Prospekt angekündigten Börsennotierung für die zugeteilten Aktien, s.51 (1) Comp.Act 1948. Jedoch tritt bei Vernichtung von Zuteilungen auf Grund Nichterreichens der 'minimum subscription' eine Haftung der Direktoren gegenüber der Gesellschaft und der Zeichner bei Vorsatz ein.

2) Möglich wäre auch, wie dies für das deutsche Recht von Lobedanz S.170 ff gefordert wird, daß die Anfechtung des Zeichners ausgeschlossen, dieser aber im Falle der Liqidation der Gesellschaft vorzugsweise berücksichtigt wird.

C. Die Effizienz der Zeichnung bzw. Übernahme von Aktien

Es ist nicht ausreichend, daß vom Gesetzgeber Regeln geschaffen werden, welche die Zeichnung bzw. Übernahme eines bestimmten Kapitalumfanges fordern und das Erlangen der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft von Erfolg und ordnungsgemäßem Ablauf der Zeichnung abhängig machen. Zeichnung oder Übernahme des Kapitals bedeuten noch nicht, daß damit auch tatsächlich ein Anfangsvermögen in Höhe der Kapitalziffer geschaffen ist. Dieser Erfolg kann vielmehr auf verschiedene Weise verfehlt werden. Der Grundsatz der Realität der Kapitalaufbringung[1] jedoch will sicherstellen, daß die Zeichnung bzw. Übernahme von Kapital effektiv ist und die Gesellschaft echtes Vermögen mindestens in der Höhe ihrer Kapitalziffer erhält.

I. Der originäre Erwerb eigener Aktien

Die Vermögenssubstanz einer Kapitalgesellschaft kann gefährdet werden, indem diese bei oder nach der Gründung ihre eigenen Aktien zeichnet oder übernimmt[2]. Einmal kann die Gesellschaft, solange sie noch kein Vermögen besitzt, keine Einlagen für die übernommenen Aktien an sich selbst leisten[3]. Doch selbst, wenn dies möglich wäre, würde die Leistungsverpflichtung infolge von Konfusion entfallen. Die Folge einer originären Übernahme eigener Aktien ist daher, daß trotz ordnungsgemäßem Ablauf keinerlei Vermögen aufgebracht werden kann. Für die Gesellschaftsgläubiger bedeutet dies, daß trotz Kapitalübernahme kein realer Sicherungsrückhalt zu ihrem Schutz entstanden ist[4].

1. Der Erwerb eigener Aktien im englischen Recht

a) Unmittelbarer Erwerb

Nach englischem Recht kann eine Gesellschaft nicht ihr eigener Aktionär

---

1) Vgl. Lutter S.101

2) Zu unterscheiden ist hiervon der abgeleitete (derivative) Erwerb eigener Aktien durch deren Ankauf, was einer Herabsetzung bereits bestehenden Kapitals gleichkommt und damit ein Problem der Kapitalerhaltung ist.

3) Eine Leistung aus Gewinn wäre denkbar.

4) Daneben hat der Erwerb eigener Aktien noch andere Folgen wie z.B. die Manipulierung des Marktpreises der Aktien, worauf aber hier nicht eingegangen zu werden braucht.

sein. In Trevor v. Whitworth[1] gebrauchte Lord Watson das Argument: "It is inconsistent with the essential nature of a company that it should become member of itself"[2]. Dieses Prinzip wurde jedoch bisher ausschließlich bei dem nachträglichen (derivativen) Erwerb eigener Aktien erörtert[3], nicht dagegen bei der ursprünglichen Zeichnung bzw. Übernahme eigener Aktien durch die Gesellschaft. Es kann jedoch auch hierfür nichts anderes gelten, denn das Prinzip, daß eine Gesellschaft nicht ihr eigener Aktionär werden kann, kann nicht nur teilweise gelten. Außerdem dürfte die Zeichnung eigener Aktien durch die Gesellschaft auch dem englischen Vertragsrecht zuwiderlaufen. Dieses erfordert für den Abschluß eines Vertrages wenigstens zwei Personen[4], was bedeutet, daß die gem. s.13 Comp.Act 1948 bereits rechtsfähige Gesellschaft nicht mit sich selbst einen Zeichnungsvertrag abschließen kann.

Erfolgt dennoch eine Zeichnung eigener Aktien, so ist diese nichtig. Dies hat aber für den Bestand der Gesellschaft keinnerlei Folgen, da eine Vollzeichnung des Kapitals nicht vorgeschrieben ist. Jedoch kann sich die Erlangung der Geschäftsfähigkeit verzögern, wenn auf Grund von nichtigen Zeichnungen der Mindestzeichnungsbetrag nicht erreicht wurde[5].

b) Mittelbarer Erwerb

Zeichnung eigener Aktien ist jedoch auch in mittelbarer Form möglich. Die Aktien werden von einem Strohmann gezeichnet, der nach außen hin unabhängig erscheint, im Innenverhältnis jedoch an die Weisungen der Gesellschaft gebunden ist. Nach den bisher in England ergangenen Entscheidungen ist es möglich, daß ein 'trustee' Aktien der Gesellschaft derivativ für Rechnung der Gesellschaft erwirbt[6]. Die Frage eines

---

1) (1887), 12 App. Cas.409

2) Das Jenskins Committee erörterte die Frage, ob einer Gesellschaft der Erwerb ihrer Aktien zu gestatten sei, um die Möglichkeit zur Schaffung von Vorratsaktien zu gewähren. Dies wurde jedoch nicht empfohlen mit der Begründung, hierfür bestünde in Großbritannien keine Notwendigkeit, vgl. paras.167-169

3) Vgl. Trevor v. Whitworth (1887), 12 App.Cas.409; Kirby v. Wilkins (1929) 2 Ch.444; Gower S.111; Palmer S.445

4) Anson, Contracts (2nd Am.Ed., Huffent) S.11: A contract is an agreement enforceable at law made between two or more persons, by which rights are acquired by one or more to acts or forbearances on the part of the other or others."

5) Vgl. hierzu oben S. 20 ff

6) Kirby v. Wilkins (1929) 2 Ch.444; Re Castiglione's Will Trust (1958) Ch.549; Re Buckingham (1944) 170 L.T.53

originären Erwerbes von Aktien durch den 'trustee' ist bisher nicht entschieden worden. Man wird jedoch vermuten dürfen, daß dies ebenso durch die Gerichte gestattet werden würde, zumal sich hierbei keine vom derivativen Erwerb durch den 'trustee' unterschiedlichen Aspekte zeigen. Der originäre Erwerb würde lediglich eine Vereinfachung bedeuten. Die Frage, die sich hierbei im Hinblick auf die Realität der Kapitalaufbringung ergibt, lautet: Ist der Strohmann verpflichtet, Einlagen für die gezeichneten Aktien zu leisten und haftet er im Fall der Liquidation den Gläubigern gegenüber in Höhe der nicht bezahlten Einlagen oder kann er sich auf seine Stellung als 'trustee' berufen und jegliche Zahlung verweigern? Ein 'trustee', der Inhaber noch nicht vollbezahlter Aktien ist, unterliegt der Verpflichtung, bei Aufruf die Einlage zu leisten, wie jeder andere Aktionär[1]. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem Umstand, daß er in das 'register of members' eingetragen wurde[2]. Das gleiche gilt, wenn die Aktien treuhänderisch für die Gesellschaft selbst gehalten werden[3]. Der 'trustee' kann jedoch für Verpflichtungen, die ihn als Aktionär treffen, ein 'right of indemnity', ein Rückgriffsrecht gegen den 'cestui que trust' geltend machen. Dies hat Gültigkeit auch für den Fall, daß die Gesellschaft selbst 'cestui que trust' ist. Sir Page Wood, V.C. bestätigte dies in Chapman and Barker's Case[4]: "As between themselves (trustees) and the company, they would no doubt, be entitled to an indemnity; but that is a question between themselves and the other shareholders, which they will have a right to assert in proper way". Dies führt dazu, daß die Gesellschaft verpflichtet ist, den Treuhänder, wenn dieser Einlagen für die gezeichneten Aktien geleistet hat, in gleicher Höhe zu entschädigen.

Auch Gläubigern gegenüber kann sich der 'trustee' nicht auf seine Rechtsstellung berufen, und im Falle einer Liquidation der Gesellschaft haftet er in Höhe des noch nicht geleisteten Teils der Einlage. Jedoch

---

1) Muir v. City of Glasgow Bank (1879) 4 App.Cas.337; Re Royal Bank of Australia, Drummond's Case (1860), 2 Giff.189

2) Der 'cestui que trust', also derjenige, für welchen der 'trustee' die Aktien hält, kann gem. s.117 Comp.Act 1948 nicht in das 'register of members' eingetragen werden.

3) Chapman and Barker's Case (1867), L.R.3 Eq.361; Re Universal Banking Corpn., Ex parte Challis (1868), 17 L.T.637

4) Siehe Anm.3

kann der Treuhänder auch hier im Innenverhältnis Rückgriff gegen die Gesellschaft nehmen[1].

Im Hinblick auf die Kapitalaufbringung und den Schutz der Gesellschaftsgläubiger hat die Geltendmachung des 'right of indemnity' folgende Wirkung:
Wird das Rückgriffsrecht vom Treuhänder in der Liquidation nach Leistung der Einlagen geltend gemacht, so ist zwar das Kapital real aufgebracht worden. Da der Treuhänder aber Gläubiger ist, werden die anderen Gesellschaftsgläubiger in Höhe der geltend gemachten Quote benachteiligt. Wurde der 'trustee' jedoch auf Grund der Geltendmachung des 'right of indemnity' bereits vor der Liquidation entschädigt, so ist der Gesellschaft das den Gläubigern als Sicherheitsstock dienende Vermögen trotz Aktienzeichnung und Leistung der Einlagen nicht real zugeführt worden. Essprechen daher nach Meinung des Verfassers einige die Kapitalaufbringung bzw. -erhaltung stützende Grundsätze des englischen Rechts wie etwa das Verbot, Einlageverpflichtungen zu erlassen[2] oder zurückzugewähren oder das Unterpari-Verbot[3] gegen die Geltendmachung eines Rückgriffsrechtes beim Erwerb eigener Aktien durch den 'trustee'.

Derartige Gesichtspunkte werden aber weder in der englischen Literatur noch in der Rechtsprechung diskutiert, und es hat den Anschein, daß dieses Problem in England nicht erkannt ist. Das Jenkins Committee bezieht ohne weitere Erörterung für die Beibehaltung des mittelbaren Erwerbes eigener Aktien mit Hilfe des 'trustee' Stellung und schlägt lediglich vor, daß die treuhänderisch gehaltenen Aktien kein Stimmrecht gewähren sollen, um etwaigen Mißbrauch bei Abstimmungen zu vermindern[4].

Nicht unter die mittelbare Übernahme eigener Aktien fällt dagegen die Zeichnung von Aktien durch ein 'issuing house' oder Börsenmakler. In diesen Fällen werden die Aktien von unabhängigen Dritten gezeichnet, die nicht als 'trustee' für die Gesellschaft handeln. Dies bedeutet, daß das 'issuing house' oder die Börsenmakler für eigene Rechnung zeichnen und daher auf eigenes Risiko handeln. Verluste, die bei der Weiterveräußerung der Aktien entstehen, können daher nicht mit einem 'right of indemnity' geltend gemacht werden.

---

1) Easums' Case (1871) 15 Sol.Jo.750
2) Zum Erlaßverbot vgl. unten S.124 f
3) Zum Unterpari-Verbot vgl. unten S. 61 ff
4) Vgl. Report of the Company Law Committee Cmnd.1749 para.154

2. Der Erwerb eigener Aktien im deutschen Recht

a) Unmittelbarer Erwerb

Auch nach deutschem Aktienrecht ist die Kapitalübernahme durch die Gesellschaft selbst verboten. Zwar ist im AktG in § 71 nur das Verbot des derivativen Erwerbes eigener Aktien ausdrücklich geregelt. Das Verbot eines originären Erwerbes eigener Aktien durch Zeichnung ergibt sich jedoch aus der Natur der Dinge. Es wird vom Gesetzgeber als selbstverständlich betrachtet und daher nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt[1]. Die Rechtsfolge einer solchen Zeichnung ist Nichtigkeit, und die Durchführung einer Kapitalerhöhung kann nur in entsprechend geringerer Höhe eingetragen werden[2].

b) Mittelbarer Erwerb

Die Zeichnung von Aktien der Gesellschaft durch einen Dritten im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft[3] ist in § 56 AktG geregelt. Hiernach ist die Zeichnung der Aktien gültig. Auch das einer solchen Zeichnung zugrunde liegende Auftragsverhältnis zwischen Strohmann und Gesellschaft ist wirksam. Jedoch ist es dem Zeichner der Aktien verwehrt, sich der Gesellschaft oder Dritten gegenüber darauf zu berufen, daß die Aktien für Rechnung der Gesellschaft gezeichnet wurden. Das bedeutet, daß ihn die Pflicht zur Leistung der Einlagen unbeschränkt trifft. Der Vorstand ist seinerseits verpflichtet, die Leistung der Einlage von dem Zeichner zu fordern. Jedoch kann dieser von der Gesellschaft weder für solche Leistungen noch für Verluste entschädigt werden, die durch die Weiterveräußerung der Aktien entstehen[4]. Das bedeutet, daß auch bei der Zeichnung der in Deutschland populären "Verwertungsaktie" die Zeichner keine Verluste geltend machen können, die durch die Unterbringung der Aktien beim Publikum entstehen.

---

1) Vgl. Godin-Wilhelmi § 56 Anm.1; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 71 Anm.3; Baumbach-Hueck § 56 Rdnr.4; Schlegelberger-Quassowski § 51 Anm.1

2) Vgl. hierzu oben S.48

3) Für solchermaßen gezeichnete Aktien hat sich die Bezeichnung 'Vorratsaktie' eingebürgert.

4) Vgl. Baumbach-Hueck § 56 Rdnr.3; Godin-Wilhelmi § 56 Anm.2. Im übrigen stehen weder dem Zeichner (§ 56 Abs.1 Satz 3 AktG) noch der Gesellschaft (§ 71 Abs.4 Satz 2 AktG) die Mitgliedschaftsrechte, also insbesondere das Stimmrecht an den Aktien zu.

3. Der Vergleich der englischen und deutschen Regelung zur Frage der Zeichnung eigener Aktien zeigt, daß in England hierbei der Grundsatz der Kapitalaufbringung und des Gläubigerschutzes nicht so streng im Auge behalten wird, wie dies in der deutschen Rechtsordnung der Fall ist. In der für die Effizienz der Zeichnung entscheidenden Frage des Rückgriffrechtes des Strohmannes scheiden sich die Geister. Auch hier zeigt sich, daß die Interessen der Gesellschaftsgläubiger im englischen Recht keine Priorität genießen. Im Falle der Aktienzeichnung durch einen Treuhänder werden sie aber nicht wie sonst dem unmittelbaren Interesse der Gesellschaft geopfert. Vielmehr steht hier der Vernachlässigung der Gläubigerinteressen die Wahrung der Interessen der Strohmänner gegenüber. Eine derartige Abwägung ist jedoch für das deutsche Recht nicht wünschenswert.

II. Die gegenseitige Kapitalübernahme von Gesellschaften

Ähnlich in der tatsächlichen Auswirkung wie die Zeichnung bzw. Übernahme eigener Aktien ist die wechselseitige Beteiligung zweier oder mehrerer Gesellschaften. Auch hier wird trotz ordnungsgemäßer Zeichnung der Aktien zum Teil überhaupt kein Vermögen, zum Teil kein Vermögen in Höhe der Nennwerte der gezeichneten Aktien geschaffen. Es sei dies an einem Beispiel vergegenwärtigt[1]: Eine Gesellschaft A wird gegründet. Ihr Aktienkapital von 1 000 000 wird fast vollständig von der Aktiengesellschaft B übernommen, und die Einlagen werden von dieser sofort geleistet. Aktiengesellschaft B ist ihrerseits im Gründungsstadium, und ihr Aktienkapital wurde noch nicht übernommen. Die Einlagen für die Aktien der Gesellschaft A leistete sie mit Geldmitteln, die ihr von dritter Seite als Darlehen gewährt worden waren. Gesellschaft A, nunmehr mit 1 000 000 in bar ausgestattet, übernimmt daraufhin fast das gesamte Aktienkapital von B, ebenfalls in Höhe von 1 000 000, und leistet die Einlagen hierauf ebenfalls sofort, und zwar mit den gerade von B erhaltenen Geldmitteln. Gesellschaft B zahlt daraufhin ihre Darlehensschuld von 1 000 000 an den Dritten zurück. Das Resultat dieser Aktion ist, daß das Aktienkapital beider Gesellschaften voll übernommen wurde, beide Gesellschaften aber über so gut wie keinerlei Vermögen verfügen. Weder A noch B haben irgendwelche Barmittel. Ihre fast 100%ige Beteiligung an der jeweils anderen Gesellschaft ist zwar ein Aktivum, jedoch

---

1) Dieses ist Lutter S.105 entnommen.

nichts wert, da auch die andere Gesellschaft völlig ermögenslos ist. Inwieweit ist nun eine solche wechselseitige Übernahme oder Zeichnung von Kapital möglich?

1.a) Ob im englischen Recht eine wechselseitige Beteiligung zweier sich im Gründungsstadium befindender Gesellschaften möglich ist, ist unklar. Diese Frage wird in der englischen Literatur nicht erörtert. Sie wird aber wohl bei genauerer Betrachtung des Vorganges zu verneinen sein: Beide Gesellschaften werden zunächst in das Register eingetragen und erlangen dadurch Rechtsfähigkeit. Hierbei muß so gut wie kein Kapital aufgebracht werden. Zeichnet nun Gesellschaft B Aktien der Gesellschaft A in Höhe von 1 000 000 und leistet hierauf die Einlagen, so ist diese Zeichnung gem. s. 109 (4) Comp.Act 1948 aufschiebend bedingt, bis Gesellschaft B Rechtsfähigkeit erlangt[1]. Es ist aber kaum anzunehmen, daß Gesellschaft A mit einem nur aufschiebend bedingt gezeichneten und zugeteilten Mindestbetrag ('minimum subscription') Geschäftsfähigkeit gem. s.109 (1) Comp.Act 1948 erlangen kann. Gesellschaft A kann daher ihrerseits nur eine bedingte Zeichnung der Aktien der Gesellschaft B vornehmen, so daß auch Gesellschaft B auf Grund eines nur aufschiebend bedingt gezeichneten und zugeteilten Mindestbetrages keine Geschäftsfähigkeit erlangen kann.

b) Sind zwei englische Gesellschaften jedoch geschäftsfähig geworden, so ist ihnen eine wechselseitige Beteiligung grundsätzlich gestattet. Eine Beschränkung ergibt sich aber aus s.27 Comp.Act 1948, welche bestimmt, daß eine Tochtergesellschaft oder ihr 'nominee' nicht Aktionär der Muttergesellschaft sein kann und daher jede Zeichnung oder Erwerb solcher Aktien nichtig ist.
Dennoch bestehen innerhalb des Geltungsbereiches der s.27 Comp.Act 1948 genügend Möglichkeiten für eine wechselseitige Zeichnung von Kapital.

Zunächst findet s.27 (1) Comp.Act 1948 keine Anwendung, wenn eine Tochtergesellschaft vor Inkrafttreten des Companies Act 1948 Gesellschafterin der Muttergesellschaft wurde. In diesem Fall steht ihr gem.s.27 (3) Comp.Act 1948 nur das Stimmrecht für die gezeichneten Aktien nicht zu. Eine vor dem 1.7.1948 erfolgte gegenseitige Zeichnung des nahezu vollständigen Kapitals zweier Gesellschaften ist also wirksam.
Eine weitere Möglichkeit der wechselseitigen Beteiligung innerhalb des

---

1) Vgl. oben S. 13 FN.2

Anwendungsbereiches der s.27 Comp.Act 1948 ergibt sich aus der in s.154 (1) Comp.Act 1948 enthaltenen Definition des Begriffes 'subsidiary' (Tochtergesellschaft). Danach gilt eine Gesellschaft dann als Tochtergesellschaft der anderen, wenn die andere Gesellschaft oder deren Tochtergesellschaft ihr Gesellschafter ist und die Zusammensetzung des 'board of directors' kontrolliert oder mehr als die Hälfte des 'equity share capital'[1] besitzt.[2] Dies bedeutet, daß eine Gesellschaft, deren 'equity share capital' bis zu 50 % im Besitz einer anderen Gesellschaft stehen kann, ohne weiteres Aktien dieser Gesellschaft zeichnen darf, solange die Zusammensetzung ihres 'board of directors' nicht von der anderen Gesellschaft kontrolliert wird.
Darüber hinaus ließ s.27 Comp.Act 1948 eine bemerkenswerte Lücke offen. So besteht keine Regelung für den Fall, daß eine Gesellschaft zuerst Aktien einer anderen Gesellschaft erwirbt und erst danach deren Tochtergesellschaft wird. So kann etwa eine Gesellschaft A bis zu 50 % des Kapitals einer Gesellschaft B zeichnen, ohne daß diese hierdurch Tochtergesellschaft von A wird. B kann deshalb nunmehr ohne weiteres fast das vollständige Kapital von A zeichnen. A wird also, obwohl sie die Hälfte des Kapitals von B hält, deren Tochtergesellschaft. Ein seltsames Ergebnis, und im Hinblick auf die Effizienz der Kapitalaufbringung gewiß nicht zufriedenstellend. In der Literatur besteht für diesen Fall Einhelligkeit darüber, daß eine solche Tochtergesellschaft die Aktien der Muttergesellschaft nicht veräußern muß, sondern weiter besitzen darf. Streitig ist lediglich, ob sie bezüglich dieser Aktien ihr Stimmrecht ausüben darf[3].

---

2) Die Definition einer 'subsidiary' sollte nach dem Cohen Committee, Cmnd.6659, para.118, grundsätzlich vom Moment der Kontrolle ausgehen. Auf Grund der stark aufkommenden Popularität der Aktien ohne Stimmrecht ist aber ein Mehrbesitz ohne Kontrollmöglichkeit der Gesellschaft denkbar. Nach den Empfehlungen des Jenkins Committee, Cmnd. 1749, paras.149,150 soll daher die Definition in s.154, wonach eine Gesellschaft 'subsidiary' ist, wenn mehr als die Hälfte ihres Aktienkapitals im Besitz einer anderen Gesellschaft steht, künftig sogar entfallen. Das würde dazu führen, daß Gesellschaften, deren Kapital zu neunzig und mehr Prozent im Besitz einer anderen Gesellschaft steht, deren Kapital übernehmen dürften, soweit sie selbst nicht durch diese andere Gesellschaft kontrolliert werden.

1) Gem. s.154 (5) ist unter 'equity share capital' Stammkapital sowie 'participating preference shares' zu verstehen, d.h. solche Vorzugsaktien, die außer den festgesetzten Vorzugsrechten noch weitere Rechte gewähren, z.B. Anteil an Dividenden oder Abwicklungserlös über den festgesetzten Betrag hinaus, vgl. Gower S.197

3)

Bisher ist davon ausgegangen worden, daß die gegenseitige Zeichnung von Kapital zweier Gesellschaften in zwei Phasen erfolgt: Erst zeichnet Gesellschaft A Aktien der Gesellschaft B, danach Gesellschaft B die Aktien von Gesellschaft A. Hier konnte s.27 Comp.Act 1948 zum Teil Anwendung finden, weil die Gesellschaft, deren Aktien zuerst gezeichnet wurden, durch diesen Akt zur Tochtergesellschaft der Zeichnerin wurde, wenn das Ausmaß der Zeichnung groß genug war, und deswegen nicht mehr ihrerseits Aktien der Zeichnerin zeichnen konnte. S.27 Comp.Act 1948 versagt aber völlig, wenn die gegenseitige Zeichnung des Kapitals beider Gesellschaften gleichzeitig erfolgt. Hier ist im Augenblick der Zeichnung keine der beiden Gesellschaften Tochter- oder Muttergesellschaft, da in diesem Augenblick noch keine Gesellschaft an der anderen beteiligt war. S.27 Comp.Act 1948 jedoch greift nach h.M. nur ein beim Erwerb von Aktien, nachdem eine Gesellschaft Tochtergesellschaft wurde[1]. Dies kommt auch deutlich im Wortlaut der s.27 Comp.Act 1948 zum Ausdruck. Als Rechtsfolge der gleichzeitigen wechselseitigen Kapitalübernahme kann sich höchstens der Ausschluß des Stimmrechtes hinsichtlich der gezeichneten Aktien ergeben. Dies aber ist hinsichtlich der vermögensrechtlichen Situation beider Gesellschaften ohne Belang. Bei gleichzeitiger gegenseitiger Zeichnung von Kapital kann daher jede Gesellschaft das Kapital der anderen nahezu vollständig zeichnen.

2.a) Im deutschen Aktienrecht ist in § 41 Abs.1 Satz 1 AktG geregelt, daß die Aktiengesellschaft als solche vor Eintragung in das Handelsregister nicht besteht. Die im obigen Beispiel genannten Gesellschaften können daher in ihrem Gründungsstadium Aktien der jeweils anderen Gesellschaft nicht selbst übernehmen, da sie nicht existent sind. Ihre Übernahmeerklärung wäre rechtlich nicht wirksam.
Umstritten ist allerdings, ob die Rechtswirkung eines Rechtsgeschäftes, das vor Eintragung im Namen der Gesellschaft abgeschlossen wurde, mit Eintragung unmittelbar auf die nunmehrige Aktiengesellschaft übergeht. Dies galt nach der früher wohl herrschenden Einheitstheorie (Identitätstheorie), welche davon ausging, daß die AG nichts als die Fortsetzung der Gründergesellschaft sei, zwischen beiden also Identität wie zwischen einem Nasciturus und Geborenem bestehe[2]. Die heute herrschende Ansicht

3) Vgl. hierzu Pennington S.586, Palmer S.446. Das Jenkins Committee,Cmnd. 1749,para.156(c)(i) empfahl eine Neuregelung, wonach die Tochtergesellschaft Gesellschafterin bleiben solle, jedoch bezüglich der Aktien der Muttergesellschaft kein Stimrecht ausüben dürfe.

1) Vgl. Palmer S.446

2) RG 82,290; 105;228; 147,372; 151,86; dagegen vor allem Gadow §34 Anm.17; Brodmann § 200 Anm.1; Ritter § 34 Anm.3b; Würdinger S.103 ff

mißt einem solchen Theorienstreit mit Recht keine allzu große Bedeutung bei, sondern geht vielmehr von dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers aus, die AG möglichst von vor ihrer Existenz entstandenen Lasten freizuhalten[1]. Unmittelbarer Übergang von Pflichten auf die Gesellschaft kann auf Grund von aktienrechtlichen Erwägungen daher nur dann angenommen werden, wenn deren Begründung zum Zwecke der Entstehung der AG selbst notwendig war[2]. Dies trifft aber nicht für die Übernahme von Aktien einer anderen Gesellschaft zu. Vielmehr haftet hier der im Namen der Gesellschaft Handelnde persönlich, § 41 Abs.1 Satz 2 AktG. Ausgeschlossen ist auch eine Genehmigung des Übernahmevertrages durch die AG nach deren Eintragung in das Handelsregister. Hierdurch wäre § 41 Abs.1 Satz 2 AktG ohne weiteres zu umgehen. § 41 Abs.1 Satz 2 AktG zeigt aber gerade, daß die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Vertretung beim Abschluß von Verträgen im Namen der noch nicht existierenden Aktiengesellschaft keine Anwendung finden.

Eine Umgehung der Haftung des im Namen der Gesellschaft Handelnden und damit eine gegenseitige Übernahme des Kapitals im Gründungsstadium dadurch, daß beide Gesellschaften nach Übernahme ihrer Aktien sowie nach ihrer Eintragung in das Handelsregister die Verpflichtung der in ihrem Namen Handelnden übernehmen, ist ebenfalls ausgeschlossen. Hier ist zu bedenken, daß bei der Übernahme des Kapitals im Namen einer Gesellschaft die Entstehung dieser Gesellschaft noch in der Zukunft liegt, d.h. die Wirksamkeit der Zeichnung ist noch nicht endgültig. Dies steht aber im Gegensatz zum Verbot der bedingten Zeichnung bzw. Übernahme von Aktien[3].

b) Ist der Gründungsvorgang zweier Gesellschaften jedoch abgeschlossen so wird die wechselseitige Aktienübernahme durch § 56 Abs.2 AktG eingeschränkt. Danach darf ein abhängiges oder in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen, gleichgültig welcher Rechtsform, keine Aktien der herrschenden oder der an ihm mit Mehrheit beteiligten Gesellschaft als Gründer oder Zeichner erwerben, wenn auch eine dennoch erfolgte Übernahme nicht unwirksam ist. Auch hiernach kann also eine Gesellschaft Aktien einer

---

1) Godin-Wilhelmi § 41 An.4; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 41 Anm.6; Baumbach-Hueck § 41 Rdn.2

2) Vgl. Teichmann-Köhler § 34 Anm.3a; a.A. Baumbach-Hueck § 41 Rnd.5, der nur eine schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschaft zur Übernahme der Verpflichtung des Handelnden annimmt.

3) Vgl. hierzu oben S. 47

anderen zeichnen, die bereits zu nahezu 50 %[1] an ih beteiligt ist. Der Fall der gleichzeitigen Kapitalübernahme wird von § 56 Abs.2 AktG dagegen überhaupt nicht erfaßt.

3. Ein Vergleich der englischen und deutschen Regelung zeigt, daß die Effizienz solcher Zeichnungen, die vor Erlangung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft vorgenommen wurden, jedenfalls im deutschen, vermutlich aber auch im englischen Recht nicht durch gegenseitige Kapitalübernahme zweier Gesellschaften zunichte gemacht werden kann. Dies wird durch den Gründungsvorgang verhindert. Sonst ist in beiden Rechten die Frage der Kapitalaufbringung und des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger auf Grund der Anknüpfung an der Erfordernis der Abhängigkeit oder des Mehrheitsbesitzes zwischen den beteiligten Gesellschaften nicht genügend berücksichtigt worden. Anknüpfungspunkt einer Regelung, die auch dem Interesse der Kapitalaufbringung dienen soll, kann nur der Umfang der gegenseitigen Beteiligung sein.

---

1) Soweit sonst nicht nur Streubesitz besteht.

§ 4 Das Verbot der Unterpari-Emission

Die Kapitalaufbringung ist, wie schon früher dargelegt wurde, nur gesichert, wenn die Gesellschaft ihrer Kapitalziffer entsprechende Vermögenswerte erhält. Die vollständige Zeichnung allein ist hierzu nicht ausreichend. Es muß vielmehr darüber hinaus sichergestellt werden, daß die geleisteten Einlagen bzw. die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Zeichner mindestens das Nennkapital erreichen. Die Gesellschaft darf mit anderen Worten nicht mit einer defizitären Bilanz beginnen. Dieses Ziel soll durch das Verbot der Unterpari-Emission erreicht werden. Nach diesem Verbot darf die Einlageverpflichtung, die auf Grund der Übernahme oder Zeichnung von Aktien entstanden ist, nicht geringer sein als der Nennwert der übernommenen bzw. gezeichneten Aktien.

A.1. Der englische Companies Act 1948 enthält kein ausdrückliches Verbot der Unterpari-Emission. Dieses ergibt sich vielmehr indirekt aus den Bestimmungen der s.1 (2) (a) sowie s.212 (1) (d) Comp.Act 1948, welche die Haftung der Aktionäre in Höhe des Nennbetrages der von ihnen gezeichneten Aktien regeln. In Ooregum Gold Mining Co. of India v. Roper[1] wurde das Unterpari-Verbot als Grundsatz anerkannt, wobei sich Lord Macnaghten auf die beiden genannten Vorschriften bezog: "The dominant and cardinal principle of these Acts is that the investor shall purchase immunity from liability beyond a certain limit, on the terms that there shall be and remain a liability up to that limit". Daraus ergibt sich, daß weder im 'memorandum' noch in den 'articles' noch in einem Vertrag zwischen Gesellschaft und Zeichner eine Ausgabe von Aktien unter pari festgesetzt werden kann. Wo dies dennoch der Fall war, geschah es 'ultra vires'[2].
Zulässig ist freilich die Ausgabe sog. 'bonus shares' im Wege einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ('capitalisation issue')[3]. Hier liegt keine Unterpari-Emission vor. Zwar brauchen die Aktionäre keine Einlagen für die neu geschaffenen Aktien zu leisten. Jedoch erhält die Gesellschaft Vermögen, welches mindestens dem Nennwert der neu

---

1) (1892) A.C.125

2) Ooregum Gold Mining etc. v. Roper, supra; Welton v. Saffery, (1897) A.C.299

3) Vgl. 1st Schedule, Table A, para.128 Comp.Act 1948

geschaffenen Aktien entsprechen muß, durch Umwandlung von Gewinn oder Reserven in Aktienkapital[1]. Die Bezeichnung 'bonus shares' ist irreführend, da diese Aktien den Gesellschaftern in der Regel anstelle der jährlichen Dividende zugeteilt werden.

Die Rechtsfolge bei Verstoß gegen das Unterpari-Verbot ist die Nichtigkeit der Unterpari-Vereinbarung. Der Zeichner muß nur leisten, wenn er mit seinem Einverständnis in das 'register of members' eingetragen wurde. Vor einer solchen Eintragung entsteht einerseits keine Verpflichtung des Zeichners über das vertraglich Vereinbarte hinaus[2], andererseits kann die Gesellschaft vom Zeichner wegen des Unterpari-Verbots nicht nur das Vereinbarte verlangen. Der Zeichner kann bei Weigerung, den vollen Nennwert zu zahlen, keine Anteilsrechte erwerben.

Ist jedoch der Zeichner auf Grund seiner Zustimmung als Aktionär in das 'register of members' eingetragen worden, so kann er sich nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Zeichnung berufen und schuldet den vollen Nennbetrag der von ihm gezeichneten Aktien[3]. Dies läßt sich aus den ss.1 (2) (a) und 212 (1) (a) Comp.Act 1948 entnehmen, wonach Mitglieder in Höhe des Nennwertes der von ihnen gezeichneten Aktien haften. Mitglied wird aberein Zeichner auch nach Zuteilung der Aktien erst mit der Eintragung in das 'register of members', s.110 Comp.Act 1948. Kann die Gesellschaft den Restbetrag bis zur Höhe des Nennwertes der Aktien nicht von dem Zeichner erhalten, haften die Direktoren, die für die Unterpari-Emission verantwortlich waren[4].

Wird infolge der Unwirksamkeit der Zeichnung der Mindestzeichnungsbetrag[5] nicht erreicht, so wird der Gesellschaft das 'trading certificate' nicht erteilt. Wurde dieses aber versehentlich doch erteilt, so

---

1) Vgl. Pennington S.335; Charlesworth S.208; Palmer S.673

2) Re MacDonald, Sons and Co., (1894) 1 Ch.89

3) Welton v. Saffery, (1897) A.C.299; Re Weymouth and Channel Islands Steam Packet Co., (1891) 1 Ch.66; Re Railway Time Tables Publishing Co., Ex parte Sandys (1889) 42 Ch.D.98; Pioneers of Mashonaland Syndicate, (1893) 1 Ch.731. Der Eintragung in das Mitgliederverzeichnis ohne vorherige Zustimmung zur Leistung der vollen Einlagen können sich die Zeichner jedoch gemäß s.116 Comp.Act 1948 widersetzen, vgl. Re MacDonald, supra.

4) Hirsche v. Sims, (1894) A.C.654

5) Zum Mindestzeichnungsbetrag vgl. oben S. 20 f

kann ihr die Geschäftsfähigkeit auch dann nicht mehr entzogen werden, wenn sie infolge der nichtigen Unterpari-Ausgabe den Mindestzeichnungsbetrag nicht erreichte[1].

II. Der Grundsatz, wonach der Zeichner von Aktien Einlagen mindestens in Höhe des Nennwertes der gezeichneten Aktien zu leisten hat, wird verschiedentlich durchbrochen. Nur eine Regelung, nämlich s.57 Comp.Act 1948, läßt sich als echte Ausnahme bezeichnen, die eine Unterpari-Emission im rechtlichen Sinne zuläßt. Die anderen Bestimmungen machen jedoch eine faktische Unterpari-Emission möglich und sind daher im Hinblick auf das Prinzip der realen Kapitalaufbringung in keiner Weise von einer echten Ausnahmeregelung zu unterscheiden.

1. Um Gesellschaften, deren Aktien unter pari gehandelt werden, die Beschaffung neuen Kapitals zu ermöglichen, sieht s.57 Comp.Act 1948 vor, daß neue Aktien einer Klasse, von der bereits Aktien gezeichnet wurden, unter dem Nennwert zur Zeichnung aufgelegt werden dürfen.
Die Unterpari-Emission gem. s.57 Comp.Act 1948 ist freilich an strenge Voraussetzungen gebunden. So muß sie einmal von der Hauptversammlung beschlossen und gerichtlich genehmigt worden sein. Weiterhin kann sie frühestens ein Jahr nach Erlangung der Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft stattfinden. Außerdem hat der Prospekt, der sich auf die Ausgabe der neuen Aktien bezieht, genaue Angaben über das Disagio bzw. den Teil davon zu machen, der nicht abgeschrieben wurde, s.57 (1) (a)-(d) Comp.Act 1948. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor und wurden neue Aktien dennoch unter pari emittiert, so treten die oben dargelegten Rechtsfolgen ein. Jedoch kann ein Zeichner von unter pari ausgegebenen Aktien auf Löschung seines Namens im 'register of members' klagen, sowie den Zeichnungsvertrag vernichten, wenn er irrtümlich glaubte, die Voraussetzungen der s.57 Comp.Act 1948 hätten vorgelegen[2].

Eine Unterpari-Emission gem. s.57 Comp.Act 1948 wird dennoch recht selten vorgenommen. Einmal wird es den Gesellschaften leicht gemacht, den gleichen Effekt zu erzielen, ohne die strengen Anforderungen der

---

1) Vgl. hierzu in einzelnen oben S. 22

2) Re Derham and Allen, Ltd. (1946) Ch.31

s.57 Comp.Act 1948 zu erbringen, indem von den Zeichnern neuer Aktien überbewertete Sacheinlagen geleistet werden[1]. Weiterhin sind unter pari ausgegebene Aktien beim Publikum unpopulär, so daß in solchen Fällen meist Vorzugsaktien zum Nennwert oder Obligationen ausgegeben werden[2].

2. Eine weitere bemerkenswerte, weil ständig in Anspruch genommene Ausnahme vom Grundsatz des Unterpari-Verbotes ist s.53 Comp.Act 1948, welche die Zahlung von Kommissionen ermöglicht.

a) Der Vorgang hierbei ist folgender: Gibt eine Gesellschaft Aktien aus, so schließt sie mit einem Emissionshaus oder einer Bank einen Vertrag ab (sog. 'underwriting agreement'), wonach sich diese verpflichten, diejenigen Aktien zu zeichnen, die vom Publikum, nachdem sie diesem angeboten wurden, nicht gezeichnet wurden[3]. Es liegt also eine bedingte Zeichnung vor. Hierfür leistet die Gesellschaft dem 'underwriter' eine Kommission auf alle Aktien, bezüglich derer ein 'underwriting agreement' abgeschlossen wurde, gleichgültig, ob diese später vom Publikum oder dem Emissionshaus gezeichnet wurden. Eine Kommission kann auch geleistet werden für die unbedingte Verpflichtung eines 'underwriter', Aktien zu zeichnen (sog. 'underwriting firm'), wie für die Vermittlung eines bedingten oder unbedingten 'underwriting agreement' (sog. 'overriding commission')[4].
Zu unterscheiden von einer 'underwriting commission' ist jedoch der Maklerlohn, welcher für das Plazieren der Aktien von der Gesellschaft geleistet wird. Beim Plazieren der Aktien wird das Emissionshaus nur als Vermittler tätig, indem es im Auftrag der Gesellschaft darum bemüht ist, daß die Aktien durch Dritte gezeichnet werden[5].

---

1) Vgl. hierzu unten S. 101 ff

2) Vgl. hierzu Pennington S.147; Palmer S.195

3) Vgl. Pennington S.259; Palmer S.196; Halsburry S.146

4) Genau genommen hat sich hier ein 'underwriter' durch ein 'subunderwriting agreement' für den Fall abgesichert, daß er die Aktien der Gesellschaft zeichnen muß, wenn diese nicht beim Publikum untergebracht werden konnten. In diesem Fall zeichnet er die nicht untergebrachten Aktien gleich im Namen des 'subunderwriters'. Daher liegt im Ergebnis nur eine Vermittlung vor. Der 'subunderwriter' bekommt vom 'underwriter' ebenfalls eine Kommission, die dieser natürlich auf seine eigene Kommissionsforderung an die Gesellschaft aufschlägt.

5) Denkbar wäre allerdings eine Kombination aus 'underwriting' und 'placing'.

b) Der Vorteil von 'underwriting agreements' liegt auf der Hand: Wird ein 'underwriting agreement' für alle Aktien abgeschlossen, welche die Gesellschaft emittieren möchte, so wird sichergestellt, daß eine Emission in diesem Umfang Erfolg hat und das von der Gesellschaft benötigte Kapital schnell beschafft wird. Wird nur für den Teil des Kapitals ein 'underwriting agreement' abgeschlossen, der dem nach 4th Sch., para.4 Comp.Act 1948 festzulegenden Mindestzeichnungsbetrag entspricht, so wird sichergestellt, daß den Erfordernissen der ss.47 (1) und 109 (1) Comp.Act 1948 genügt wurde und die Gesellschaft Geschäftsfähigkeit erlangen kann.

Andererseits handelt es sich bei der Leistung einer Kommission zweifellos um eine verschleierte Unterpari-Emission. Nimmt man an, daß die Aktien nur zum Nennwert gezeichnet werden, also kein Agio bezahlt werden muß, so führt jede auch noch so geringe Leistung einer Kommission zu dem Ergebnis, daß der Gesellschaft für die emittierten Aktien nicht Vermögenswerte in Höhe der Nennwerte der Aktien zufließen. Bei einem bedingten 'underwriting' läßt sich die Zahlung einer Kommission freilich als Gegenleistung für die Übernahme des Risikos durch den 'underwriter' begreifen, nämlich Aktien zeichnen zu müssen, die beim Publikum nicht angekommen sind. Wird jedoch eine Kommission für ein 'underwriting firm', also ein unbedingtes Zeichnen der Aktien bezahlt, so besteht nicht der geringste Unterschied zu einer Ausgabe von Aktien unter pari an gewöhnliche Zeichner[1]. So ist denn auch die Möglichkeit, Aktien unter dem Nennwert auszugeben, öfters in der Form eines 'underwriting firm' praktiziert worden, wenn auch die Gerichte versuchen, hier streng zu unterscheiden[2].

In der englischen Literatur[3] wird freilich gesagt, der Unterschied zwischen Unterpari-Emission und 'underwriting firm' ergebe sich daraus, daß der Zeichner von unter pari emittierten Aktien nie in voller Höhe des Nennwertes hafte, der 'underwriter' dagegen hafte in voller Höhe

---

1) Vgl. auch Palmer S.195; Gower S.107; Pennington S.261, will hier dennoch eine Dienstleistung des 'firm underwriter' sehen, da dieser die Aktien zeichnet, bevor sie überhaupt dem Publikum zur Zeichnung angeboten werden. Jedoch wird bei der unbedingten Zeichnung gar nicht auf das Risiko, daß die Aktien nicht beim Publikum ankommen, abgestellt, womit es an der Dienstleistung des 'underwriter' fehlt. Der bloße Zeitpunkt der Vornahme der unbedingten Zeichnung kann nicht dafür entscheidend sein, ob es sich um eine Dienstleistung handelt oder nicht.

2) 3)

und habe nur einen Anspruch auf die Kommission. Sei iese bis zur Liquidation der Gesellschaft noch nicht bezahlt, so habe er nur die Stellung eines Gläubigers. Diese Auffassung ist reichlich formal und negiert, daß Anspruch und Gegenanspruch hier im Ergebnis nichts anderes bedeuten als einen geringeren Ausgabepreis für die gezeichneten Aktien. Daran ändert auch die Stellung des 'underwriter' in der Liquidation nichts. Die Kommission wird gewöhnlich bei der Zeichnung der Aktien an den 'underwriter' geleistet, so daß dieser bei Liquidation wohl nie Gesellschaftsgläubiger hinsichtlich der Kommission sein wird.

c) Um die negativen Auswirkungen einer faktischen Unterpari-Emission in allzu großem Umfang zu vermeiden, hat der Gesetzgeber die Bezahlung einer Kommission aus Gesellschaftskapital oder Aktien durch s.53 (1) (a)-(d) i.V.m. s.53 (2) Comp.Act 1948 eingeschränkt:
So muß die Bezahlung einer Kommission in die 'articles of association' aufgenommen sein, eine Regelung durch das 'memorandum' genügt nicht[1]. Die Kommission darf 10 % des Ausgabepreises der Aktien nicht überschreiten, ebensowenig den in den 'articles' angegebenen Betrag, wenn dieser geringer als 10 % sein sollte. Der Umfang der Kommission ebenso wie die Anzahl etwaiger unbedingt gezeichneter Aktien müssen in dem Prospekt bzw. im 'statement in lieu of prospectus' angegeben werden, welche in Verbindung mit der Emission publiziert werden.

Die Gesellschaft kann neben ihrem Kapital oder ihren Aktien auch andere Mittel zur Bezahlung von Kommissionen verwenden. So ist es ihr gem. s.56 (2) Comp.Act 1948 gestattet, die Ausgaben für die Bezahlung einer Kommission vom 'share premium account[2]' abzuschreiben. Auch hier

---

2) Vgl. Keatinge v. Paringa Consolidated Mines Ltd., (1902) W.N.15

3) Vgl. Wilson and South S.121; Gore-Brown S.192; in der deutschen Literatur vgl. Spahn S.78

1) Re Bolivia Republic Exploration Syndicate, Ltd. (1914) 1 Ch.139

2) Werden Aktien über pari ausgegeben, so ist das erzielte Agio auf das 'share premium account' zu übertragen. Gemäß s.56 (1) Comp. Act 1948 gilt für dieses bis auf einige Ausnahmen die gleiche Bindungswirkung wie für das 'issued capital'. Daher wird das 'share premium account' auch als 'quasi capital fund' bezeichnet.

sind aber die Vorschriften der s.43 (1) (a)-(d) einzuhalten. Dies ergibt sich aus s.56 (2) Comp.Act 1958, die nur von einem wirksam gewährten Disagio ausgeht.

Außerdem ist der von einer Gesellschaft erzielte Gewinn zur Bezahlung einer Kommission verwendbar. Da nach s.53 (2) Comp.Act 1948 lediglich die Verwendung von Gesellschaftskapital zur Bezahlung von Kommissionen verboten ist, wenn die Voraussetzungen in subsection (1) nicht vorliegen, kann der Gewinn der Gesellschaft ohne diese Einschränkungen verwendet werden[1]. Auch eine Beschränkung durch s.54 Comp.Act 1948 (Verbot der finanziellen Hilfe) greift hier nicht ein, denn die Kommission wird nicht geleistet, um dem 'underwriter' die Zeichnung der Aktien finanziell zu ermöglichen, sondern um ihn für die Dienstleistung der Risikoübernahme zu entlohnen.

Weiterhin kann eine Vergütung in der Weise gewährt werden, daß den 'underwriters' ein vertragliches Bezugsrecht ('option') auf Aktien zugesichert wird, welche später ausgegeben werden sollen. Diese Aktien können im Falle der Ausübung des Bezugsrechtes zum Nennwert, d.h. ohne Bezahlung eines Agios, gezeichnet werden. Eine solche Art der Leistung an den 'underwriter' wird aber nicht als Kommission betrachtet, und die Voraussetzungen der s.53 Comp.Act 1948 finden daher keine Anwendung[2].

Ebenfalls nicht als Kommission i.S. der s.53 (1) Comp.Act 1948 zählt die Leistung eines Maklerlohnes[3]. Ein solcher darf daher gem. s.53 (3) Comp.Act 1948 für das Plazieren von Aktien geleistet werden, ohne daß die Beschränkungen der s.53 (1) Comp.Act 1948, insbesondere also die Höchstgrenze der Leistung, Anwendung finden.

Wird zwischen Gesellschaft und 'underwriter' die Leistung einer Kommission vereinbart, ohne daß die Voraussetzungen der s.53 (1) (a)-(e) Comp.Act 1948 erfüllt sind, so ist der Anspruch auf Leistung der Kommission nicht durchsetzbar[4]. Hat die Gesellschaft eine Kommission in

---

1) Wilson and South S.119; Palmer's Precedents S.181; Pennington S.261; a.A. Palmer S.198, der meint, daß s.53 (1) (b) Comp.Act 1948 Anwendung finde und somit auch hier die Kommission 10 % des Emissionspreises der Aktien nicht übersteigen dürfe.

2) Vgl. Hilder v. Dexter (1902) A.C.474

3) Vgl. hierzu oben S. 64

4) Andreae v. Zinc Mines of Great Britain, Ltd., (1918) 2 K.B.454

bar aber bereits geleistet, so kann sie diese wieder zurückverlangen, es sei denn, der Empfänger hatte von dem Fehlen der Voraussetzungen der s.53 (1) (a)-(e) Comp.Act 1948 keine Kenntnis[1]. Besteht die Kommission in der Zuteilung von Aktien, so darf eine solche nicht erfolgen. Geschieht dies dennoch, so ist die Zuteilung nichtig[2]. Die Wirksamkeit der bedingten oder unbedingten Zeichnung der Aktien durch den 'underwriter' bleibt jedoch in jedem Fall unberührt.

3. Eine weitere Ausnahme vom Verbot der Unterpari-Emission kann sich ergeben, wenn die Einlagen nicht in bar, sondern anderweitig, z.B. durch die Hingabe von Sachwerten, geleistet werden. Hierbei ergibt sich unweigerlich die Notwendigkeit der Bewertung der Einlage. Wird der Wert der Einlage zu hoch angesetzt, so ist das Ergebnis gleich einer Unterpari-Emission. Das Vermögen, welches die Gesellschaft mit der Einlage erhalten hat, ist geringer als der Nennwert der gezeichneten Aktien. Nach englischem Recht verstößt die Überbewertung von Sacheinlagen grundsätzlich nicht gegen das Verbot der Unterpari-Emission. Da das Problem der Überbewertung von Sacheinlagen nur im Zusammenhang mit den allgemeinen Regelungen der Leistung von Sacheinlagen verständlich wird, soll erst bei der Darstellung des gesamten Gebietes der Sacheinlagen hierauf eingegangen werden.[3]

4. Gemäß s.59 (b) Comp.Act 1948 kann die Gesellschaft eine Regelung in ihre 'articles' aufnehmen, wonach die Direktoren, wenn sie dies im Einzelfall für richtig halten[4], von Gesellschaftern die Leistung der Einlage oder eines Teiles davon annehmen dürfen, bevor ein Aufruf zu dieser Leistung an die Gesellschafter ergeht und damit die Fälligkeit der

---

1) Andreae v. Zinc Mines of Great Britain, Ltd., (1918) 2 K.B.454

2) Banking Service Corpn., Ltd. v. Toronto Finance Corpn., Ltd., (1928) A.C.333

3) Vgl. unten S. 101 ff

4) Hierbei dürfen die Direktoren nur vom Interesse der Gesellschaft ausgehen, vgl. Poole, Jackson and Whyte's Case (1878) 9 Ch.322; Re Pyle Works (1890) 44 Ch.D.534

Einlageverpflichtung begründet wird[1]. Insoweit ist diese Regelung im Hinblick auf die reale Kapitalaufbringung unbedenklich. Da die vor Aufruf geleisteten Einlagen noch nicht fällig waren, werden sie als Darlehen an die Gesellschaft angesehen[2]. Dies bedeutet aber, daß die Gesellschaft dem Aktionär, der Vorauszahlungen auf seine Einlage geleistet hat, hierfür Zinsen zu gewähren hat, wenn und soweit dies in den 'articles' gestattet wurde[3].

Die Leistung des Zinses erfolgt gewöhnlich aus dem Gewinn der Gesellschaft, so daß zwar das Vermögen, nicht aber das Gesellschaftskapital beansprucht wird. Hat die Gesellschaft jedoch keinen Gewinn zu verzeichnen, so sind die Zinsen aus dem Kapital zu leisten[4]. Wenn man annimmt, daß für die Aktien nur eine Einlage in Höhe ihres Nennwertes zu leisten ist, so führt die Gewährung von Zinsen im Ergebnis dazu, daß der Zeichner weniger geleistet hat, als der Nennwert der Aktien beträgt. Darüber hinaus erhält die Gesellschaft für den Fall, daß sie die Zinsen aus dem Kapital zu leisten hat, kein dem Betrag ihres Kapitals entsprechendes Vermögen. Gleiches gilt, wenn die Aktien zwar über pari ausgegeben werden, die von der Gesellschaft gewährten Zinsen aber höher sind als das Agio.

Von der Gewährung von Zinsen für die Vorausleistung ist eine ähnliche Regelung zu unterscheiden. Werden die Einlagen für Aktien nicht auf Aufruf, sondern in regelmäßigen Raten geleistet, so wird dem Zeichner häufig im Prospekt die Möglichkeit eingeräumt, die gesamte Einlage für die Aktien sofort zu leisten. In diesem Fall wird dem Zeichner ein Diskont eingeräumt. Dies stellt aber keine Gewährung von Zinsen dar[5], was zur Folge hat, daß der Emissionspreis der Aktien nach Abzug des Diskonts

---

1) Zur Fälligkeit der Einlageverpflichtung vgl. unten S. 115 ff

2) Vgl. Pennington S.255. Dieses Darlehen gilt jedoch, sobald die Einlage infolge eines Aufrufes fällig wird, als mit der Einlageforderung verrechnet, vgl. London and Northern Steamship Co., Ltd v. Farmer (1914) W.N.200

3) Ist die Vorauszahlung von Einlagen nicht ausdrücklich in den 'articles' der Gesellschaft geregelt worden, so gilt 1st Sch.Table A, para.21 Comp.Act 1948, soweit dieser nicht wiederum durch die 'articles' ausgeschlossen wurde. Hiernach kann die Gesellschaft auf Vorausleistungen Zinsen bis zu 5 % gewähren, höhere Zinsen jedoch nur nach Beschluß durch die Hauptversammlung.

4) Lock v. Queensland,etc.,Mortgage Co. (1896) A.C.461. Dagegen untersagen die 'articles' im allgemeinen die Leistung einer Vorausdividende für die Vorausleistung; vgl. auch 1st Sch.,Table A,para.118 Comp.Act 1948

5) Vgl. Pennington S.256

nicht geringer als der Nennwert sein darf, da sonst die Regelung des Unterpari-Verbotes eingreift.

5. Faktisch liegt eine Unterpari-Emission auch dann vor, wenn die Gesellschaft Aktienurkunden ausstellt, auf denen fehlerhafterweise die vollständige Leistung der Einlage bestätigt wird. Werden solche Aktien auf Erwerber übertragen, die keine Kenntnis von der fehlerhaften Ausstellung der Aktienurkunde haben, gelten sie als vollständig bezahlt, und mit einer Aufforderung zur Restzahlung verstößt die Gesellschaft gegen Treu und Glauben[1]. Dies gilt selbst dann, wenn die Aktien nachträglich von dem ehemaligen Aktionär wieder erworben werden, der Kenntnis von der fehlerhaften Aktienurkunde hatte[2]. Auch Direktoren, welche die Aktienurkunde fehlerhaft ausgestellt haben und später eine solche Aktie vom Zeichner erwarben, werden geschützt, wenn die fehlerhafte Ausstellung in gutem Glauben geschah[3]. Hatte der Erwerber der Aktien jedoch Kenntnis von der fehlerhaften Ausstellung der Aktienurkunde, so muß er die volle Einlage leisten[4]. Fahrlässige Nichtkenntnis dagegen begründet diese Leistungspflicht noch nicht[5].

III. Die Unterpari-Emission und die Wandelschuldverschreibung

Als letztes bleibt zu untersuchen, inwieweit das Verbot der Unterpari-Emission durch Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen umgangen werden kann. Hierbei kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:
Einmal kann eine Anleihe ausgegeben werden, bei welcher ein Wandlungsrecht in einem höheren nominellen Aktienbetrag besteht. Dies ist im englischen Aktienrecht nicht möglich, da ein Umtauschrecht, das mit einem höheren Verhältnis als 1:1 versehen ist, unwirksam ist, es sei denn, die Vorschriften der s.57 Comp.Act 1948[6] über Unterparie-Emission finden Anwendung[7].

---

1) Parbury's Case, (1896) 1 Ch.100; British Farmers Co., (1878) 7 Ch. D.533; Re Concessions Trust, (1896) 2 Ch.757

2) Ex parte Sandys, (1889) 42 Ch.D.98; Re New Chile Gold Mining Co., (1892) W.N.193,68 L.T.15

3) Re Coasters, (1911) 1 Ch.86

4) Markham and Darter's Case, (1899) 1 Ch.414

5) Bloomenthal v. Ford (1897) A.C.156

6) Vgl. oben S.63 f

7) Vgl. Palmer S.367

Bei der zweiten Möglichkeit wird die Anleihe unter Gewährung eines Disagios ausgegeben und ist mit einem Umtauschrecht in Aktien von gleichem Nennwert versehen.
In Moseley v. Koffeyfountain Mines Ltd.[1] wurde entschieden, daß ein Umtauschrecht im Verhältnis 1:1 bei Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen unter pari unwirksam ist, da dies zu einer Unterpari-Emission der Aktien führt. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen der s.57 Comp.Act 1948 kann das Umtauschrecht wirksam sein. Diese Entscheidung bezog sich jedoch nur auf den Fall, daß sofort nach Ausgabe der Anleihen von dem Wandlungsrecht Gebrauch gemacht wurde. Es bleibt also die Frage offen, ob ein solches Umtauschrecht wirksam ist, wenn es erst nach einer gewissen Zeit ausgeübt werden darf[2].

IV. De lege ferenda

Durch das Jenkins Committee[3] wurde die Einführung der nennwertlosen Aktie empfohlen. Diese Anregung fand zwar im Companies Act 1967 noch keine Verwirklichung, doch wird die nennwertlose Aktie vermutlich in Zukunft Eingang in das englische Aktienrecht finden. Die Aktie lautet in diesem Fall nicht mehr auf einen bestimmten Nennwert, sondern sie repräsentiert einen Bruchteil des Gesellschaftskapitals[4]. Die nennwertlosen Aktien werden zu Gegenwerten ausgegeben, die jeweils bei der Ausgabe festgelegt werden. Der Ausgabewert fließt danach dem sog. 'stated capital' zu. Durch eine solche Regelung würde es der Gesellschaft zwar ermöglicht, neue Aktien zu einem niedrigeren Wert als bei einer vorhergehenden Emission auszugeben, ohne die Voraussetzungen der s.57 Comp.Act 1948 beachten zu müssen. Hinsichtlich des Verbotes der Unterpari-Emission tritt jedoch grundsätzlich keine Veränderung ein. Auch im Falle der nennwertlosen Aktien darf der Zeichner nicht weniger als den Ausgabepreis

---

1) (1904) 2 Ch.108; vgl. auch Fatima Development Corpn., Ltd. v. Bury (1910) A.C.439

2) Die h.L. nimmt für diesen Fall Wirksamkeit des Umtauschrechtes an mit der Begründung, die Gesellschaft schulde ja auch den vollen Nominalbetrag der Anleihe, wenn die Rückzahlung fällig sei, vgl. Gower S.357 FN.63; Pennington S.165

3) Company Law Committee Cmnd.1749, paras.32-34

4) Vgl. hierzu Gower S.124

der Aktien leisten. Die Regeln der realen Kapitalaufbringung würden also weiterhin Anwendung finden.

B.I. Nach deutschem Aktienrecht ist es gemäß § 9 Abs.1 AktG der Gesellschaft untersagt, Aktien für einen geringeren Betrag als den Nennbetrag auszugeben. Ein Verstoß gegen das Verbot der Unterpari-Emission hat die Nichtigkeit der Zeichnung zur Folge. Dies bedeutet, daß das Registergericht gem. § 38 Abs.1 Satz 2 AktG die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister wegen mangelnder Vollübernahme des Grundkapitals ablehnt. Geschieht die Eintragung dennoch, so hat die Gesellschaft jedoch unentziehbar Rechtsfähigkeit erlangt, da nicht vollständig übernommenes Grundkapital kein Nichtigkeitsgrund gem. § 275 AktG ist[1]. Die Aktionäre haben jedoch in diesem Fall den vollen Nennbetrag der übernommenen Aktien zu leisten, die Vereinbarung eines Disagios ist als nicht vorhanden anzusehen. Dies wird mit dem durch die Eintragung entstandenen Rechtsschein sowie mit dem Zweck des Gesetzes, die Kapitalaufbringung zu sichern, begründet[2].

Der Grundsatz des Unterpari-Verbotes gilt im Gegensatz zur englischen Regelung weitaus strenger[3]. So ist nach deutschem Recht eine Unterpari-Emission selbst dann nicht möglich, wenn die alten Aktien auf dem Markt unter pari gehandelt werden und eine Kapitalerhöhung zu oder über pari daher aussichtslos ist[4]. Ebenso ist die verschleierte Unterpari-Emission in Form der Gewährung von Kommissionen nicht möglich. Zwar werden in Deutschland Banken und Konsortien, die als Gründer Aktien der Gesellschaft übernehmen, für diese Tätigkeit honoriert. Dies geschieht aber nur, soweit Emissionsbanken bei Übertragung der übernommenen Aktien auf Dritte einen Aufpreis erzielen können, d.h. der Gesellschaft geht höchstens ein mögliches Agio, nie jedoch Kapital verloren. Die Gesellschaft kann

---

1) Vgl. oben S.18 f

2) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 9 Anm.5; Schlegelberger-Quassowski § 9 Anm.6; Ritter § 9 Anm.2a; vgl. auch oben S.36 ff

3) Zum Unterpari-Verbot vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 9 Anm.3 ff; Godin-Wilhelmi § 9 Anm.1; Baumbach-Hueck § 9 Rdn.2

4) Kritisch hierzu Meyer-Landrut a.a.O. Anm.2

jedoch von der Einlage des Aktionärs Provisionen an Vermittler bezahlen[1]. Weiterhin gilt das Verbot in § 9 AktG für die Leistung von überbewerteten Sacheinlagen. Hier ist freilich eine allgemein gültige Wertfeststellung oft nicht möglich. Jedoch hat der Gesetzgeber in den §§ 27, 32 ff AktG besondere Schutzmaßnahmen geschaffen.[2] Auch eine Unterpari-Emission durch die Gewährung von Zwischenzinsen für die Vorausleistung der Einlage ist nicht statthaft. Im Gegensatz zu § 271 Abs.2 BGB ist die Leistung der Einlage nicht vor der Fälligkeit erfüllbar[3], da dies u.U. dem Interesse der Gesellschaft zuwiderlaufen kann[4]. Nur wenn der Vorstand der Vorausleistung zustimmt, ist eine solche möglich. In diesem Fall ist aber die Gewährung von Zinsen ausgeschlossen, da dies dem Verbot der Unterpari-Emission entgegenstehen würde[5].
Nicht vom Grundsatz des § 9 Abs.1 AktG wird jedoch die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gem. § 207 AktG berührt, da es sich hierbei nicht um eine Unterpari-Emission handelt. Zwar haben die Aktionäre keine Einlagen für die neu geschaffenen Aktien zu leisten, sondern es werden offene Rücklagen der Gesellschaft in Grundkapital umgewandelt. Aber § 9 AktG schreibt keine bestimmte Herkunft der für die Aktien verlangten Deckung vor, und durch die Umwandlung wird ebenso gebundenes Vermögen geschaffen wie bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen. Freilich darf das umgewandelte Vermögen nicht niedriger sein als der Nennbetrag der neu geschaffenen Aktien[6].

II.1. Auch im deutschen Recht gibt es Fälle, in denen der Gesellschafter nicht die volle Einlage zu leisten braucht. So entfällt die Verpflichtung zur vollständigen Leistung der Einlage dann für den Aktionär, wenn er gutgläubiger Erwerber von vor Vollzahlung ausgegebener Inhaberaktien oder

---

1) Vgl. Baumbach-Hueck § 9 Rdn.2

2) Vgl. im einzelnen bei der Darstellung der Leistung von Sacheinlagen unten S.

3) Die Fälligkeit wird durch die Aufforderung begründet, vgl. Godin-Wilhelmi § 63 Anm.2; Baumbach-Hueck § 63 Rdn.8; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 63 Anm.3; Schlegelberger-Quassowski § 57 Anm.1

4) Vgl. Godin-Wilhelmi a.a.O.; Schlegelberger-Quassowski a.a.O.

5) Vgl. auch Lutter S.165

6) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 9 Anm.3; Godin-Wilhelmi § 9 Anm.2; Baumbach-Hueck § 9 Rdn.3

von Namensaktien war, auf denen ein höherer Quittungsbetrag durch die AG eingetragen war, als tatsächlich auf die Einlageschuld geleistet wurde[1]. Da auch der Veräußerer der Gesellschaft gegenüber nur haftet, wenn er bösgläubig war, tritt für die Gesellschaft ein Schaden ein. Das Ergebnis entspricht dem einer Unterpari-Emission. Der Gesellschaft fließt effektiv weniger an wirtschaftlichen Werten zu, als sie nominell dafür an Aktien begibt. Jedoch ist hier der Schutz des Erwerbers gegenüber der Forderung nach vollständiger Leistung der Einlage als vorrangig anzusehen.

2. Eine Ausnahme des Unterpari-Verbotes ergibt sich im Zusammenhang mit dem Umtauschrecht bei Wandelschuldverschreibungen. Hier sieht § 199 Abs.2 AktG eine ausdrückliche Regelung vor: Werden Anleihen in Aktien von höherem Nennwert getauscht oder werden Anleihen unter pari ausgegeben und in Aktien von gleichem Nennwert umgetauscht, so muß der Differenzbetrag grundsätzlich gedeckt werden.
Eine Deckung braucht nicht zu erfolgen, wenn die Anleihen zum Teil unter pari, zum Teil über pari emittiert worden sind und die Summe der Ausgabebeträge dieser Anleihen dem Gesamtnennwert der ausgegebenen Bezugsaktien entspricht. In diesem Fall ist ein Ausfall, der zu decken wäre, im Endergebnis gar nicht entstanden, d.h. eine Unterpari-Emission liegt nicht vor[2], und die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen darf daher ohne Vorbehalte erfolgen, § 199 Abs.2 Satz 2 AktG.

Soweit sich die Gesamtbeträge nicht entsprechen, darf die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen nur geschehen, wenn sich der Inhaber zugleich verpflichtet, den Unterschied zwischen dem Ausgabebetrag der Schuldverschreibungen und dem höheren Nennbetrag der für sie zu gewährenden Bezugsaktien bei Umtausch hinzuzuzahlen, oder wenn die Differenz aus einer freien Rücklage, soweit sie zu diesem Zweck verwandt werden kann[3], gedeckt ist. Im letzten Fall ist es nicht, wie es dem Wortlaut des § 199 Abs.2 Satz 1 AktG entspräche, erforderlich, daß die Gesellschaft im Umwandlungszeitpunkt keinen Verlust in der Bilanz aufweist.

---

1) Vgl. RG 144,145; KGJW 1927, S.2434; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 54 Anm.20; Godin-Wilhelmi § 54 Anm.5

2) Vgl. Godin-Wilhelmi § 199 Anm.5; Weipert-Schilling in Großkomm. 2.Aufl. § 166 Anm.4. Genau gesehen ist jedoch das Disagio der unter pari emittierten Aktien durch das Agio der über pari emittierten Aktien gedeckt worden.

3) Das AktG von 1965 gestattet dagegen nicht mehr die Verwendung des Reingewinnes zur Deckung.

Die Gesellschaft hat den vollen Rückzahlungsbetrag gemäß § 156 Abs.2 AktG zu passivieren. Sie braucht aber den Differenzbetrag nicht zu aktivieren[1]. Wenn sie dies dennoch vornimmt, ist der Betrag durch jährliche Abschreibungen während der Laufzeit der Anleihe zu tilgen, § 156 Abs.3 Satz 2 AktG. Beide Maßnahmen haben jedoch das Ergebnis, daß die Gesellschaft den Differenzbetrag durch freie Rücklagen endgültig gebunden hat. Auf die Bilanz kann es daher im Zeitpunkt der Geltendmachung des Umtauschrechtes nicht ankommen[2]. Konnte die Gesellschaft die Differenz nicht aus den freien Rücklagen decken und weist ihre Bilanz im Umwandlungszeitpunkt einen Verlust auf, so darf sie die Bezugsaktien nicht ausgeben. Dies widerspräche dem Verbot des § 199 Abs.2 Satz 1 AktG[3]. Werden dennoch entgegen dem Verbot in § 199 Abs.2 AktG Bezugsaktien im Umtausch für Wandelschuldverschreibungen ausgegeben, so sind diese gültig, jedoch sind die Vorstandsmitglieder gemäß § 93 Abs.3 Ziff.9 Abs.4 AktG, die Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 116 AktG der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig[4].

C. Ein Vergleich der deutschen und englischen Regelungen zur Aktienausgabe unter Nennwert zeigt, daß in beiden Rechtsbereichen grundsätzlich von dem Gedanken der Sicherung der Kapitalaufbringung ausgegangen wird. Im englischen Recht wird das Verbot der Unterpari-Emission jedoch stark durchbrochen, da verschiedene Regelungen bestehen, welche genau die gleichen Folgen haben wie eine Unterpari-Emission, wenn auch nur eine dieser Regelungen eine Unterpari-Emission im rechtlichen Sinne erlaubt. Die Möglichkeit, neue Aktien unter pari zu emittieren oder Kommissionen zu gewähren, kann der Gesellschaft aber die Beschaffung von Kapital erheblich erleichtern. Hierbei wird in Kauf genommen, daß die der Gesellschaft zufließenden Vermögenswerte geringer sind als der Nennbetrag des Kapitals. Für die Funktion des Kapitals als Betriebskapital ist dies jedoch ohne Auswirkung. Da es, soweit das 'authorized capital' noch nicht voll ausgegeben ist, im Ermessen der Direktoren steht, wieviele

---

1) arg.§ 156 Abs.3 Satz 1 AktG

2) Vgl. auch Lutter S.169 ff; Weipert-Schilling in Großkomm. 2.Aufl. §166 Anm.5

3) So auch Lutter S.170; a.A. Weipert-Schilling a.a.O. Anm.7

4) Vgl. Weipert-Schilling a.a.O. Anm.6; Baumbach-Hueck § 199 Rdn.4

Aktien gerade ausgegeben werden sollen, ist trotz Unterpari-Emission immer sichergestellt, daß der Gesellschaft Vermögenswerte in dem Umfang zufließen, wie sie tatsächlich benötigt werden. Die Gesellschaft braucht bei einer Unterpari-Emission nur entsprechend mehr Aktien auszugeben. Der Kapitalschutz und damit das Interesse der Gläubiger ist dagegen eindeutig vernachlässigt.

Im deutschen Aktienrecht ist das Verbot der Unterpari-Emission kaum abgeschwächt worden. Es wird unbedingt an der Priorität des Kapitalschutzes festgehalten. Dies kann sich allerdings als erhebliches Hindernis bei der Kapitalbeschaffung auswirken[1]. Daher wäre eine Milderung des Verbotes dann wünschenswert, wenn die Ausgabe von Aktien unter dem Nennwert nicht zu Lasten des Gesellschaftskapitals geschieht. Dies ist in § 199 Abs.2 AktG verwirklicht worden, der die Unterpari-Emission von Aktien möglich macht, wenn die Differenz zwischen dem Ausgabebetrag der Wandelschuldverschreibungen und höherem Nennbetrag der Bezugsaktien durch freie Rücklagen der Gesellschaft gedeckt werden kann[2]. In ähnlicher Weise könnte in Anlehnung an die englische Regelung die Zahlung einer Kommission bis zu einem Höchstbetrag gestattet werden, wenn die Leistung dieser Kommission durch freie Rücklagen gedeckt werden kann. In diesem Fall wäre das Interesse der Gläubiger gewahrt. Die restliche Einlageschuld des Aktionärs wäre allerdings auf Kosten der übrigen Gesellschafter gedeckt. Jedoch scheint hier die Erleichterung der Kapitalbeschaffung, welche der Gesellschaft sowie den Aktionären selbst zugute kommt, vorzugswürdig.

Der zweite bedeutende Unterschied ergibt sich bei den Rechtsfolgen der Verletzung des Unterpari-Verbotes. Beide Rechtsordnungen erachten die Aktionäre von einem bestimmten Zeitpunkt an für verpflichtet, den vollen Nennbetrag zu leisten. Nach dem deutschen Aktienrecht ist dieser Zeitpunkt die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Vom Existenzbeginn der Gesellschaft an kann der Zeichner nicht mehr die Unwirksamkeit der Zeichnung wegen der Unterpari-Vereinbarung geltend machen.

---

1) Aus diesem Grund ist eine Abschaffung des Verbots bei der Kapitalerhöhung befürwortet, vom Gesetzgeber jedoch nicht verwirklicht worden, vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 9 Anm.2

2) Hinsichtlich der unter pari ausgegebenen Wandelschuldverschreibungen hält wiederum das englische Recht seltsamerweise strenger am Unterpari -Verbot fest.

Demgegenüber ensteht nach englischem Recht die Verpflichtung zur Leistung des vollen Nennbetrages mit Eintragung des Zeichners in das Mitgliedsregister. Diese Eintragung kann nach Erlangung der Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft gemäß s.109 Comp.Act 1948 erfolgen. Es kann daher sein, daß die Gesellschaft aufgrund des Erreichens des Mindestzeichnungsbetrages das 'trading certificate' erhält, später jedoch die Zeichner ihre Zustimmung zur Eintragung ihres Namens in das Mitgliedsregister verweigern, und die Zeichnungen somit nichtig werden. Dies hat zur Folge, daß die Gesellschaft auf Grund der erlangten Geschäftsfähigkeit am Wirtschaftsverkehr teilnimmt, obwohl nicht einmal das Mindestkapital wirksam gezeichnet ist, nach außen hin aber dennoch der gegenteilige Eindruck entsteht. Diese Täuschung kann sich sehr zu Ungunsten der Gesellschaftsgläubiger auswirken.

§ 5 Die finanzielle Hilfe bei der Zeichnung von Aktien

Trotz Einhaltung der Vorschriften, welche die Zeichnung eines bestimmten Kapitalumfanges fordern, oder welche sicherstellen, daß die Gesellschaft Vermögenswerte in Höhe des Nennwertes der gezeichneten Aktien erhält, kann die Kapitalaufbringung gefährdet werden, wenn die Gesellschaft Dritten finanzielle Hilfe für den Fall leistet, daß diese trotz für sie bestehender finanzieller Schwierigkeiten Aktien der Gesellschaft zeichnen. Finanzielle Hilfe kann insbesondere gewährt werden, indem dem Zeichner Geldbeträge geleistet oder als Darlehen gewährt werden, damit dieser seinen Einlageverpflichtungen nachkommen kann. Außerdem kann sich die Gesellschaft Dritten gegenüber, die dem Zeichner Darlehen gewährt haben, als Bürge verpflichten oder ihnen Sicherungsrechte am Gesellschaftsvermögen bestellen. Der Nachteil, der sich durch die finanzielle Hilfestellung der Gesellschaft ergibt, besteht entweder in der Verringerung oder der Belastung des Gesellschaftsvermögens. Im Falle der Gewährung von Darlehen an Zeichner bedeutet die Hilfe der Gesellschaft, daß faktisch die Forderung auf Leistung der Einlage gegen die Forderung auf Rückzahlung der Darlehensschuld ausgetauscht wird. Dies führt einmal dazu, daß der Gesellschaft keinerlei Geldmittel tatsächlich zufließen, und damit die Funktion des Grundkapitals als Betriebskapital vernachlässigt ist. Weiterhin besteht bei Aktionären, welche ihrer Leistungspflicht nur mit Hilfe von Darlehen nachkommen können, erhöhte Gefahr der Insolvenz und damit für die Gesellschaft eine Gefährdung ihres Vermögens. Tritt Zahlungsunfähigkeit eines solchen Gesellschafters tatsächlich ein, so kann die Gesellschaft die Kapitalaufbringung nicht durch Kaduzierung[1] sichern.

1.a) Im englischen Recht ist es nach s.54 (1) Comp.Act 1948 einer Gesellschaft untersagt, Dritten, gleich auf welche Weise und ob direkt oder indirekt, Geld zum Zwecke der Zeichnung ihrer Aktien zu leisten, als Darlehen zu gewähren, oder Dritten, welche Darlehen zur Zeichnung der Aktien der Gesellschaft gewähren, Garantie zu geben oder Sicherungsrechte am Gesellschaftsvermögen zu bestellen[2]. Das gleiche gilt für die finanzielle

---

1) Zur Kaduzierung vgl. unten S.119 ff

2) Dieses Verbot trifft nicht zu, wenn Geldverleih zu den gewöhnlichen Geschäften der Gesellschaft gehört, und Darlehen nicht wissentlich

zum

Hilfe durch Tochtergesellschaften beim Zeichnen von Aktien ihrer Muttergesellschaften[1].

b) Die einzige vom Gesetzgeber festgelegte Rechtsfolge bei Verstoß gegen s.54 (1) Comp.Act 1948 war die Belegung der Gesellschaft mit einer Geldstrafe von £ 100, s.54 (2) Comp.Act 1948. Hieraus wurde geschlossen, daß die Gewährung der finanziellen Hilfe wirksam war[2]. Diese Meinung scheint sich jedoch dahingehend zu wandeln, daß jegliche Finanzhilfe nichtig ist[3] und daß Verwaltungsmitglieder, die für solche Vereinbarungen verantwortlich sind, der Gesellschaft gegenüber für den Schaden haften, welchen diese hierdurch erlitten hat[4].
Die Zeichnung der Aktien ist trotz Gewährung der finanziellen Hilfe wirksam[5]. Jedoch behandeln die Gerichte solche Zeichnungen so, als ob kein Anspruch auf Erfüllung hieraus entstehe, da dies eine Sanktionierung von Vereinbarungen bedeuten würde, die gegen das gesetzliche Verbot verstoßen[6]. Falls die Verpflichtungen aus einer solchen Zeichnung teilweise erfüllt sind, schafft das Gericht in Anwendung von 'equity' den Zustand, der vor Zeichnung der Aktien vorlag. Es ist daher auch fraglich, ob bei Nichterfüllung einer Verpflichtung aus einer Zeichnung, die mit finanzieller Hilfe verbunden war, auf Schadensersatz geklagt werden kann. Die Tatsache, daß die Zeichnung durch die Gerichte so be-

---

zum Erwerb der Aktien gewährt wurden, vgl. s.54 (1) (a); Steen v. Lawn (1964) A.C.287, P.C. Des weiteren ist finanzielle Hilfe beim Zeichnen der Aktien durch Betriebsangehörige gestattet, s.54 (1)(c) Comp.Act 1948.

1) Jedoch kann eine Muttergesellschaft finanzielle Hilfe beim Zeichnen der Aktien ihrer Tochtergesellschaft geben.

2) Nach der viel kritisierten Entscheidung Victor Battery Co. v. Curry's Ltd. (1946) Ch.242 war die Bestellung einer Sicherheit durch die Gesellschaft an einen Dritten, welcher Darlehen zum Ankauf von Aktien der Gesellschaft gewährt hatte, wirksam.

3) Zunächst wurde die Entscheidung Victor Battery Co. v. Curry's Ltd. (vgl. FN.2) in dem Fall Curti's Furnishing Stores Ltd. v. Freedmann (1966) 1 W.L.R.1219 bestätigt. Jedoch entschied Ungoed-Thomas J. in Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (Nr.3),(1968) 1.W.L.R. 1555, daß die Gewährung von Darlehen nichtig sei,und bestätigte in einem Obiter dictum das gleiche für die Bestellung von Sicherheiten. In der Literatur vgl. Gower S.113; Palmer S.447.

4) Steen v. Lawn (1964) A.C.287, P.C.

5) Spink (Bournemoth) Ltd. v. Spink,(1936) 1 All E.R.597; (1936) Ch.544

6) South Western Mineral Water Co., Ltd. v. Ashmore, (1967) 2 All E.R. 953

handelt wird, als ob sie nichtig sei, ist für Gesellschaftsgläubiger ungünstiger, als wenn die finanzielle Hilfe durch die Gesellschaft gestattet wäre. Die Gesellschaft ist für den Fall, daß finanzielle Hilfe und Zeichnung unwirksam sind, im Hinblick auf ihr Aktienkapital und ihr Vermögen so gestellt, wie sie vor den beiden Vereinbarungen gestanden hat. Sind jedoch finanzielle Hilfe und Zeichnung wirksam, so ist das Aktienkapital in Höhe des Nennwertes der gezeichneten Aktien gestiegen, das Vermögen der Gesellschaft ist um die Einlagen oder den Anspruch hierauf sowie im Fall einer Darlehensgewährung um den Anspruch auf Darlehensrückzahlung gestiegen.

c) Aus der bisherigen Darstellung wird ersichtlich, daß dem englischen Gesetzgeber mit Einführung der s.54 Comp.Act 1948 keine sehr erfolgreiche Regelung der Finanzhilfe bei der Zeichnung von Aktien gelang. Die unglückliche Fassung der s.54 Comp.Act 1948 unterband einerseits Handlungen, die nicht unschädlich sind, und weist andererseits Lücken auf, welche die Gesellschaften weiterhin ausnützen[1]. Das Jenkins Committee schlug daher vor, daß finanzielle Hilfe der Gesellschaft beim Zeichnen ihrer Aktien zulässig sein solle, wenn sie vorher durch einen Sonderbeschluß der Hauptversammlung gutgeheißen worden sei und weiterhin eine Erklärung der Direktoren abgegeben worden sei, daß die Gesellschaft auch nach dieser Aktion hinsichtlich ihrer Schulden zahlungsfähig sei[2]. Hierdurch, so wurde angenommen, würden die Interessen der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger weit besser gewahrt als durch ein generelles Verbot der finanziellen Hilfe.

2.a) Im deutschen Aktienrecht ergibt sich das Verbot finanzieller Hilfe der Gesellschaft für Zeichner ihrer Aktien aus § 66 AktG, wonach es der Gesellschaft untersagt ist, Aktionäre von ihrer Leistungspflicht zu befreien. Hieraus folgt das Verbot jeglicher Leistung von Geldbeträgen an Aktionäre, wenn dies auf Grund eines Schenkungsvertrages geschieht. Da Befreiung von der Leistungspflicht extensiv ausgelegt wird, ist aus dem Sinn des § 66 AktG weiter zu entnehmen, daß auch Erleichterung der Einzahlungsverpflichtung unzulässig ist. So kann die Gesellschaft nicht

---

1) Üblich ist nach wie vor die indirekte finanzielle Hilfe bei 'take-over-bids', vgl. Gower S.113

2) Company Law Committee Cmnd.1749 paras.170-186

die zur Einlagezahlung erforderlichen Mittel durch Darlehen bereitstellen[1]. Auch die Bestellung von Grundpfandrechten oder die Sicherheitsübereignung von Gesellschaftsvermögen an Dritte, welche dem Zeichner Darlehen gewähren, bedeutet eine Erleichterung der Zahlungsverpflichtung und ist daher untersagt.

b) Erfolgte dennoch eine Erleichterung der Zahlungsverpflichtung, so ist diese nichtig[2], während die Zeichnung der Aktien gleichwohl wirksam ist. Der Sicherheitsstock für die Gesellschaftsgläubiger bleibt also unangetastet.

3. Der Vergleich der Regelungen der finanziellen Hilfe durch die Gesellschaft bei der Zeichnung ihrer Aktien zeigt, daß das gesetzliche Verbot in beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf die Sicherung der Kapitalaufbringung etwa gleichwertig ist. Nicht gleichwertig ist dagegen die Handhabung des Verbotes. Unklarheit hinsichtlich der Nichtigkeit gewährter finanzieller Hilfe sowie inkonsequente Rechtsprechung im Hinblick auf die Wirksamkeit der Zeichnung verhindern in England den Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Dem steht eine eindeutige und straffe Folgerung aus dem Verbot im deutschen Recht gegenüber.

---

1) RGZ 46,185; 98,276; BGH 28,77; Godin-Wilhelmi §66 Anm.4; Baumbach-Hueck § 66 Rdn.6; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 66 Anm.5; Ritter § 60 Anm.2d; Schlegelberger-Quassowski § 60 Anm.2

2) Baumbach-Hueck § 66 Rdn.2; Godin-Wilhelmi § 66 Anm.3

§ 6 Die Einlageverpflichtung

Mit dem Erwerb einer noch nicht voll eingezahlten Aktie entsteht sowohl im englischen wie auch im deutschen Recht die Einzahlungspflicht als subjektive Rechtspflicht. Sie kann entstehen durch Übernahme oder Zeichnung von Aktien sowie durch Erwerb einer noch nicht vollständig eingezahlten Aktie von einem Vormann. Die Ausgestaltung der Einlageverpflichtung im einzelnen hat deshalb Auswirkung auf die Kapitalaufbringung, weil sich hiernach entscheidet, von wem, wann und auf welche Weise die Gesellschaft das ihr zustehende Vermögen nun erhält. Dies ist für die finanzielle Situation einer Gesellschaft, insbesondere wenn diese sich im Anfangsstadium befindet, von ausschlaggebender Bedeutung.

A. Der Schuldner der Einlageverpflichtung

I.1. Schuldner der Einlageverpflichtung ist der Zeichner oder Übernehmer der Aktien. Diese Verpflichtung ergibt sich für das englische Recht aus s.20 (2) Comp.Act 1948, wonach "all money payable by any member to the company under the memorandum or articles, shall be a debt due from him to the company". Für den Fall der Liquidation der Gesellschaft ergibt sich die Einlagepflicht aus s.212 Comp.Act 1948. Hält der Zeichner oder Übernehmer die Aktien nur treuhänderisch für einen Dritten, so ist gleichwohl er und nicht der Dritte zur Leistung der Einlage verpflichtet[1]. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Gesellschaft von der Treuhandschaft Kenntnis hatte oder nicht, denn nach s.117 Comp.Act 1948 darf kein Vermerk über Treuhandschaft in das Mitgliedsregister eingetragen oder von der Registerbehörde entgegengenommen werden. Diese Bestimmung wird häufig durch die 'articles' der Gesellschaft noch verstärkt[2].

2. Wird die Aktie übertragen, so wird der Erwerber nach dem eben Gesagten Schuldner der restlichen Einlageforderung. Im Falle der Liquidation schuldet jedoch auch der Vormann die restliche Einlage. Hiermit ist eine zusätzliche Sicherung der Kapitalaufbringung im Hinblick auf die

---

1) Bunn's Case (1860) 2 De.G.F.and J.275,300; Somervail v. Cree (1879) 4 App. Cas.648

2) Vgl. auch 1st Sch., Table A, para.7 Comp.Act 1948

Gläubigerinteressen geschaffen worden[1]. Die Haftung des Altaktionärs für die restliche Einlage unterliegt jedoch Beschränkungen:
So erlischt die Verpflichtung des Vormannes ein Jahr nach Beendigung seiner Mitgliedschaft, s.212(1)(a) Comp.Act 1948.
Weiterhin schuldet der ehemalige Gesellschafter die restliche Einlage nur, soweit die gegenwärtigen Gesellschafter nicht in der Lage sind, ihren Einlageverpflichtungen nachzukommen, s.212 (1)(c) Comp.Act 1948. Das Gericht verlangt jedoch keine genaue Auskunft vom Liquidator über die von ihm gegen die gegenwärtigen Aktionäre unternommenen Schritte, bevor es der Zahlungsaufforderung an den Vormann zustimmt. Die Wahrscheinlichkeit, daß die gegenwärtigen Aktionäre ihre Verpflichtungen nicht voll erfüllen können, ist ausreichend[2]. Hieraus ergibt sich, daß Altaktionär und gegenwärtiger Gesellschafter nicht gesamtschuldnerisch haften, sondern daß eine Art selbstschuldnerische Bürgschaft vorliegt.
Wurden die Aktien mehrmals übertragen und sind daher mehrere Altaktionäre vorhanden, so ist zweifelhaft, ob diese im Stufenrückgriff haften[3] oder ob der Liquidator an keine bestimmte Reihenfolge gebunden ist und sich an einen beliebigen Altaktionär wenden kann, dem nur ein Entschädigungsrecht gegen den nächsten Erwerber der Aktien bleibt[4]. Hier ist eine bindende Entscheidung noch nicht ergangen.

Eine Haftung des Altaktionärs tritt außerdem nicht ein für Gesellschaftsschulden, die nach Beendigung seiner Mitgliedschaft entstanden sind, s.212 (1) (b) Comp.Act 1948. Für Gesellschaftsschulden, die vor Beendigung der Mitgliedschaft entstanden sind, besteht eine Haftung nur, soweit diese Schulden noch nicht erloschen sind[5].

Die Haftung des Altaktionärs für die restliche Einlage tritt allerdings in der Praxis nicht häufig ein, denn die Gesellschaften fordern

---

1) Die Regelung der Haftung des Altaktionärs ist deshalb technisch durchführbar, weil alle Aktien bis zur vollständigen Leistung der Einlage Namensaktion sein müssen, s.83 Comp.Act 1948

2) Helbert v. Banner (1871), L.R.5 H.L.28

3) Re Land Credit Co.of Ireland, Hamby's Case, (1872) W.N.126

4) Kellok v. Enthoven (1874), L.R.9 Q.B.231,248

5) Re Blakeley Ordnance Co., Brett's Case (1873), 8 Ch.App.800

im allgemeinen den gesamten Ausgabebetrag der Aktien innerhalb kurzer Frist nach der Emission auf. Dies bereitet auch keinerlei Leistungsschwierigkeiten bei den Aktionären, denn die Nennbeträge der Aktien sind äußerst niedrig[1].

3. Wenn auch die Gläubiger der Gesellschaft durch die zusätzliche Haftung der Vormänner in der Liquidation einen weiteren Schutz erfahren haben, so geht die Berücksichtigung ihres Interesses doch nicht so weit, daß sie einen Anspruch gegen die Aktionäre auf Zahlung der restlichen Einlagen haben. Gläubiger der Einlage ist nur die Gesellschaft. Die Gläubiger dagegen können Befriedigung nur durch Zahlung seitens des Liquidators erlangen[2].

II.1. Auch im deutschen Recht ist Schuldner der Einlageforderung grundsätzlich der Aktionär, also derjenige, der die Aktie übernommen, gezeichnet oder von Dritten erworben hat. Ist jedoch die Aktie übertragen worden, so ist jeder im Aktienbuch verzeichnete Vormann zur Zahlung des rückständigen Betrages verpflichtet, § 65 AktG[3].
Auch hier ist die Haftung des Vormannes jedoch eingeschränkt: Zunächst muß der derzeitige Aktionär nach § 64 ausgeschlossen worden sein[4]. Weiterhin ist die Haftung des Vormannes gemäß § 65 Abs.2 AktG auf zwei Jahre befristet. Die Vormänner haften außerdem nur im Stufenrückgriff, d.h. die Haftung eines Vormannes tritt nur ein, soweit der Restbetrag von seinen Nachmännern nicht zu erlangen ist. Den Nachweis hierüber braucht die Gesellschaft aber nicht zu führen. Zu ihren Gunsten gilt vielmehr die allerdings widerlegbare Vermutung, daß Zahlung vom Nachmann nicht erlangt werden kann, wenn sie nicht innerhalb eines Monats seit der Zahlungsaufforderung und der Benachrichtigung des Vormannes eingegangen ist, § 65 Abs.1 Satz 3 AktG. Die Haftung des Vormannes

---

1) Vgl. oben S. 16

2) Vgl. Pennington S.56. Darüber, ob die Gesellschaftsgläubiger den Anspruch der Gesellschaft gegen Zeichner pfänden lassen und ihn nach Überweisung durchsetzen können, finden sich in der englischen Literatur keinerlei Erörterungen. Man wird eine solche Möglichkeit aber wohl verneinen müssen.

3) Die Haftung wird technisch dadurch ermöglicht, daß nach § 10 Abs.2 AktG alle Aktien bis zur vollen Leistung des Nennbetrages Namensaktien sein müssen.

4) Zur Kaduzierung vgl. unten S. 122 ff

erstreckt sich nur auf den rückständigen Betrag, nicht dagegen auf Zinsen, Vertragsstrafen, Kosten sowie Schadensersatz[1].

2. Der Anspruch auf Leistung der Einlage kann, ebenso wie im englischen Recht, nur von der Gesellschaft selbst, nicht dagegen von ihren Gläubigern geltend gemacht werden.

III. Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß die Regelung hinsichtlich des Schuldners der Einlage in beiden Rechtsordnungen etwa gleich gestaltet ist. Insbesondere wird bei Übertragung noch nicht vollständig bezahlter Aktien die Kapitalaufbringung durch eine der Bürgschaft ähnlichen Haftung der Altaktionäre gesichert, wobei diese nicht die Einrede der Vorausklage erheben können.

B. Die Arten der Leistung

Der Erfolg der Aufbringung des Kapitals ist zu einem maßgeblichen Teil abhängig von der Art und Weise, in welcher die Einlageschuld getilgt wird. Aus der Art der Einlagepflicht ergibt sich nämlich Art und u.U. Höhe des Vermögenszuwachses der Gesellschaft. Grundsätzlich wird die Art der Leistung nach Geldeinlage und Sacheinlage unterschieden. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil je nach Leistung einer Bar- oder Sacheinlage verschiedene Kautelen im Hinblick auf die reale Kapitalaufbringung bestehen.

I. Die Bareinlagen

1. Im englischen Recht kann die Mindesteinzahlung von 5 % des Aktiennennwertes nur in bar geleistet werden. Dies ergibt sich daraus, daß gemäß s.47 (2) Comp.Act 1948 für den Mindestzeichnungsbetrag ('minimum subscription') nur Aktien ausgegeben werden dürfen, deren Einlage in bar zu leisten ist. Die für diese Aktien zu leistende Mindesteinzahlung von 5 % des Nennwertes kann daher nicht anders als in bar erfolgen. Für sonstige Aktien kann jedoch auch die Leistung einer Sacheinlage vereinbart werden.

---

1) Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 65 Anm.8; Godin-Wilhelmi § 65 Anm.4; Baumbach-Hueck § 65 Rdn.3

Für die Barzahlung der Mindesteinzahlung sowie für die Barzahlung im allgemeinen gelten die gleichen Regeln:

a) Als Barzahlung gilt jede Leistung des Gesellschafters, welche ihm bei Klage der Gesellschaft auf Leistung der Einlage die Einwendung der Erfüllung ('plea of payment') geben würde[1]. Danach ist die Barleistung auch durch die Hingabe eines 'negotiable instrument' möglich[2]. Hierzu gehören vor allem Scheck, gezogener Wechsel sowie eigener Wechsel, darüber hinaus aber auch Schatzwechsel, Inhaberaktien, Inhaberschuldverschreibungen, Bankwechsel, Zirkularkreditbriefe und Gewinnanteilscheine. Keine 'negotiable instruments' dagegen sind Namensaktien sowie Postanweisungen[3]. Bei Leistung durch die Hingabe der eben genannten Papiere tritt gemäß s.47 (1) Comp.Act 1948 Erfüllungswirkung dann ein, wenn z.B. der Scheck in gutem Glauben von der Gesellschaft empfangen wurde und die Direktoren keinen Grund zu der Annahme hatten, daß der Scheck nicht bezahlt werden würde.

b) Bezahlung kann weiterhin durch Aufrechnung[4] bei Aktienausgabe[5] oder auch später erfolgen.
Hierzu ist zunächst eine Vereinbarung hierüber erforderlich. Dies bedeutet, daß der Einlageschuldner auch dann, wenn er ein 'set off'[6] geltend machen könnte, nicht bar geleistet hat[7]. Zwar würde der Aktio-

---

1) Re Harmony and Montague Tin and Copper Mining Co., Spargo's Case (1873), 8 Ch.App.407,417 = (1873), 28 L.T.153

2) Vgl. Pennington S.133; Mears v. Western Canada Pulp and Paper Company, Ltd., (1905) 2 Ch.353; ein 'negotiable instrument' liegt vor, wenn ein Papier nach dem Handelsbrauch wie Bargeld durch Übergabe übertragen wird und der jeweilige Inhaber ein Recht aus dem Papier geltend machen kann, vgl. 3 Halsburry' Laws (3rd ed.) 141

3) Vgl. Crossley Vaines S.173 ff

4) Re Harmony and Montague Tin and Copper Mining Co., Spargo's Cases (1873), 8 Ch.App.407,417

5) Die Aufrechnung gegen einevor Zeichnung gegen die Gesellschaft bestehende Forderung wird nicht als Einbringung einer Forderung im Sinne einer Sacheinlage angesehen, vgl. unten S.97 f

6) 'set off' ist eine einseitige Aufrechnungserklärung, die im Prozeß als Einrede gebraucht werden kann.

7) Re Government Security Fire Insurance Co., White's Case (1879), 12 Ch.D.511. Die frühere Entscheidung Re London and Colonial Co., Ex parte Clark (1869), L.R.7 Eq.550, welche die Geltendmachung eines 'set off' der Barzahlung gleichstellte, ist daher falsch.

när im Prozeß mit der Einrede der einseitigen Aufrechnung Erfolg haben, und die Gesellschaft könnte nur hinsichtlich des über den aufgerechneten Betrag hinausgehenden Teils der Einlageschuld obsiegen[1]. Jedoch könnte der aufgerechnete Teil der Einlageschuld im Falle der Liquidation erneut aufgerufen werden, und der Aktionär hätte zu leisten[2].

Weiterhin muß neben der Leistungspflicht der Gesellschafters eine Schuld der Gesellschaft an den Gesellschafter bestehen[3]. Diese kann aus jeglichem Rechtsgeschäft entstanden sein, sie kann z.B. den Kaufpreis für eine übereignete Sache darstellen[4].

Forderungen auf Gründerlohn können dagegen nicht aufgerechnet werden. Diese gelangen nicht zur Entstehung, weil mit der noch nicht gegründeten Gesellschaft kein Vertrag abgeschlossen werden und daher kein Anspruch hieraus entstehen kann[5].

Darüber hinaus muß die Schuld der Gesellschaft bestimmbar[6] und fällig sein. Keine Barzahlung liegt daher vor, wenn Aufrechnung der Einlageschuld gegen eine zukünftige Schuld der Gesellschaft vereinbart wird[7].

Andererseits braucht die Schuld des Aktionärs nicht fällig zu sein. So ist es möglich, die Aufrechnung auch hinsichtlich der noch nicht aufgeforderten und deswegen noch nicht fälligen Resteinlage zu vereinbaren[8].

---

1) R.S.C., O.18,r 17

2) Vgl. Pennington S.697

3) Keine Aufrechnung und daher Sacheinlage liegt also vor, wenn die Gesellschaft eine ihr obliegende Schuld durch Leistung vollbezahlter Aktien an Erfüllungs Statt ('accord and satisfaction') begleicht. In diesem Fall fehlt es an einer Schuld des Gesellschafters, vgl. Fothergill's Case (1897) L.R.8 Ch.270; Re Johannesburg Hotel Co. (1891) 1 Ch.119

4) Spargo's Case (1873) 8 Ch. App.407; Re Limehouse Works Co., Coate's Case (1873), L.R.17 Eq.169; Larocque v. Beauchemin (1897) A.C.358

5) Gower S.278 ff; Pennington S.83,455; vgl. auch unten S. 100

6) Re Barangah Oil Refining Co., Arnot's Case (1887), 36 Ch.D.702

7) Re Richmond Hill Hotel Co., Elkinton's Case (1867), 2 Ch.App.511; Pellat's Case (1867), 2 Ch.App.257; Re Land Development Association, Kent's Case (1888), 39 Ch.D.259

8) Vgl. Pennington S.135

Rechtsfolge des Aufrechnungsvertrages ist, daß die Einlage als bar geleistet gilt, soweit sich fällige Verpflichtungen des Aktionärs und der Gesellschaft gegenüberstehen. Hat also der Einlageschuldner mit der Gesellschaft eine Aufrechnungsvereinbarung über seine noch nicht fällige Einlageverpflichtung getroffen, so ist diese erst erfüllt, wenn eine Aufforderung zur Leistung, welche ja erst die Fälligkeit der Einlageverpflichtung begründet, an den Aktionär ergangen ist. Die noch nicht aufgerufene Resteinlage ist dagegen noch nicht geleistet worden[1]. Ist der Gesellschafter bis zur Liquidation der Gesellschaft noch nicht zur Zahlung der restlichen Einlage aufgefordert worden, so gilt diese als bei Eintritt der Liquidation noch nicht geleistet[2]. Der Gesellschafter wird hinsichtlich der Schuld der Gesellschaft an ihn den anderen Gesellschaftsgläubigern gleichgestellt. Er hat also zunächst die restliche Einlage in Geld zu leisten und kann danach seine Ansprüche als Gläubiger geltend machen. Anderenfalls wäre er den übrigen Gesellschaftsgläubigern gegenüber bevorzugt.

c) Die Verpflichtung des Gesellschafters zur Leistung der Einlage in Geld kann nachträglich nicht durch Leistung an Erfüllungs Statt abgeändert werden. Nach s.25 Comp.Act 1867 war eine solche Abänderung der Bareinlageverpflichtung schon deshalb nicht möglich, weil die Leistung einer Sacheinlage vor Aktienausgabe schriftlich vereinbart und der Vertrag bei der Registerbehörde hinterlegt werden mußte. War dies nicht so gehandhabt worden, so galt die Leistung einer Bareinlage als vereinbart.
S.25 Comp.Act 1867 ist jedoch durch den s.52 Comp.Act 1948 in eine bloße Ordnungsvorschrift mit Strafandrohung umgewandelt worden. Danach muß der Zeichnungsvertrag spätestens einen Monat nach Zuteilung der Aktien bei der Registerbehörde hinterlegt werden. Deshalb wird wohl eine nachträgliche Abweichung von der ursprünglichen Vereinbarung der Barverpflichtung bis zur Hinterlegung des Vertrages möglich sein. Danach aber ist jede Abweichung unzulässig.
Das Verbot der Abänderung der Einlageverpflichtung beruht weiter auf

---

1) Re Jones, Lloyd and Co.,(1889), 41 Ch.D.159

2) Re Paraguassu Steam Tramroad Co., Black and Co.'s Case (1872), 8 Ch.App.254; Re Johannesburg HotelCo., Ex parte Zoutpansberg Prospecting Co., (1891) 1 Ch.119

einem von der Rechtsprechung[1] entwickelten Prinzip. Danach ist die Einlageverpflichtung des Gesellschafters nicht nur eine vertragliche, sondern auch eine gesetzliche, welche zugunsten der Gesellschaftsgläubiger besteht. Daher ist es einer Gesellschaft verwehrt, die Einlageverpflichtung des Aktionärs nachträglich zu verändern, da dies zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger führen kann[2].
Auch die Umgehung des Verbotes durch Zeichnung, verbunden mit einer Vereinbarung über die Veräußerung von Sachwerten an die Gesellschaft und über die Aufrechnung der für die Gesellschaft entstandenen Kaufpreisschuld mit der Einlageschuld des Aktionärs ist unzulässig. Hierdurch würde die Einlagepflicht des Gesellschafters bedingt durch die Erfüllung seiner Leistung aus dem Kaufvertrag, denn nur in einem solchen Fall könnte aufgerechnet werden. Würde dem Gesellschafter die Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nachträglich subjektiv unmöglich, so würde die Verpflichtung der Gesellschaft zur Zahlung des Kaufpreises und damit die Aufrechnungsmöglichkeit als Bedingung der Einlageverpflichtung des Aktionärs entfallen. Die Gesellschaft hätte nun keinen Anspruch mehr auf Leistung der Einlage, sondern nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages ('breach of contract'). Da dies jedoch ein schwächerer Anspruch ist als der Anspruch auf die Leistung der Einlage[3], wären die Gesellschaftsgläubiger durch eine solche Umgehung benachteiligt[4].
Es wird jedoch die Meinung vertreten[5], daß eine Abänderung der Bareinlageverpflichtung dadurch möglich sei, daß der Einlageschuldner einfach eine andere Leistung erbringe, dadurch einen Rückgewähranspruch gegen die Gesellschaft erlange, welcher in der Höhe der Einlageforderung der Gesellschaft entspricht, und nunmehr beide Ansprüche aufgerechnet würden[6].

---

1) Ooregum Gold Mining Co.of India v. Roper (1892) A.C.125

2) Vgl. Pennington S.135

3) Die Einlageverpflichtung ist gemäß s.20 (2) Comp.Act 1948 eine 'specialty debt', die der Gesellschaft größere Durchsetzungsmöglichkeiten, z.B. die Klage auf 'specific performance' (Levy S.465)gewährt.

4) Pellat's Case (1867) 2 Ch.532; Gardner v. Iredale (1912) 1 Ch.716; Re Wragg (1897) 1 Ch.829

5) Vgl. Pennington S.136

6) Dieser Fall wurde bisher noch nicht entschieden. Ob die Gerichte eine solche Aktion im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung zur Umgehung der Abänderung der Barleistungsverpflichtung für zulässig halten, erscheint zweifelhaft.

2. Im deutschen Recht ist bei der Leistung von Bareinlagen zu unterscheiden zwischen den Zahlungen, welche gemäß § 36 Abs.2 Satz 2 AktG vor der Eintragung der Gesellschaft vorgenommen werden müssen, und solchen, die nach Eintragung fällig werden.

a) Ebenso wie im englischen Recht kann die vor Eintragung der Gesellschaft gemäß § 36 Abs.2 Satz 2 AktG erforderliche Mindestzahlung von einem Viertel des Aktiennennbetrages nur in bar geleistet werden, da sich die Verpflichtung zur Mindestzahlung von vorneherein nicht auf Aktien bezieht, für welche Sacheinlagen zu leisten sind[1].
Die Anfangszahlung kann nur auf dem in § 54 Abs.3 AktG vorgeschriebenen Wege vorgenommen werden. Danach kann der eingeforderte Betrag nur in gesetzlichen Zahlungsmitteln, in von der Deutschen Bundesbank bestätigten Schecks, durch Gutschrift auf ein Konto im Inland bei der Deutschen Bundesbank oder einem Kreditinstitut oder auf ein Postscheckkonto der Gesellschaft oder des Vorstandes zu seiner freien Verfügung eingezahlt werden. Eine andere als diese Art der Tilgung befreit den Schuldner nicht von seiner Einlageschuld[2]. Dies bedeutet, daß Wechsel, Scheck sowie Aufrechnung oder Leistung an Erfüllungs Statt als Zahlungsmittel ausscheiden[3].

Streitig ist dagegen, ob einer über die gesetzliche Mindestzahlung hinausgehenden Bareinlage, welche vor Eintragung der Gesellschaft geleistet wurde, Erfüllungswirkung zukommt. Nach h.M.[4] ist dies der Fall, wenn solche Zahlungen auf Grund einer entsprechenden Satzungsbestimmung geleistet wurden oder wenn die gezahlten Beträge der Gesellschaft im Augenblick der Entstehung noch in bar zur Verfügung stehen.

---

1) Vgl. Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 36 Anm.16; Anwendung von § 36 Abs.2 Satz 2 AktG ist allerdings möglich im Fall von gemischten Einlagen, vgl. Barz a.a.O. § 36 Anm.17; Baumbach-Hueck § 36 Rdn.7

2) RG 94,61; 144,146; 156,30

3) Vgl. RG 36, 186; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 54 Anm.15,16; Godin-Wilhelmi § 54 Anm.6 ff; Schlegelberger-Quassowski § 49 Anm.4 ff

4) Vgl. RG 83,370; 149,303; BGH 37,75; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 41 Anm.9; Godin-Wilhelmi § 36 Anm.11; Baumbach-Hueck § 36 Rdn.7; Ritter § 20 Anm.2a; Hofmann in AktG 1963 S.261 ff, 299 ff; a.A. für das AktG Lutter S.130 ff; für die gleiche Problematik im GmbHRecht OLG Saarbrücken JZ 1951,446; Scholz § 7 Anm.8e; Hachenburg-Schilling § 7 Anm.26; Brodmann § 8 Anm.4b

Im ersten Fall ist dieser Meinung zuzustimmen. Der Grundgedanke der Regelung der §§ 36 Abs.2, 41 AktG ist, daß der Vorstand vor Entstehung der Gesellschaft im Interesse der Kapitalaufbringung nur insoweit berechtigt ist, Einzahlungen mit befreiender Wirkung engegenzunehmen, als dies zur Entstehung der Gesellschaft notwendig ist, da das Kapital der Gesellschaft vollständig zufließen soll. § 36 Abs.2 AktG sieht die Einzahlung eines Viertels der Aktiennennbeträge als zur Entstehung der Gesellschaft notwendig an. Er erweitert aber durch seinen Wortlaut "mindestens ein Viertel" diese Ermächtigung für den Fall, daß ein höherer Einzahlungsbetrag notwendig erscheint. Wenn ein solcher daher notwendigerweise in der Satzung festgelegt wurde, so ist das Prinzip der Kapitalaufbringung in zulässiger Weise über die Regelung des § 36 Abs.2 AktG hinaus durchbrochen worden und daher eine weitere Zahlung durch den Gesellschafter statthaft und befreiend.
Im zweiten Fall kann der h.M. dagegen nicht zugestimmt werden. Wenn eine freiwillige Mehrleistung im Augenblick der Entstehung der Gesellschaft zwar nicht mehr in bar besteht, jedoch durch andere Vermögensgegenstände in voller Höhe repräsentiert wird, so ist das Prinzip der Kapitalaufbringung in keiner Weise verletzt. Eine Genehmigung dieser Leistung durch die Gesellschaft muß daher auch befreiende Wirkung haben[1].

b) Für Zahlungen nach Eintragung der Gesellschaft gelten die Einschränkungen des § 54 Abs.3 AktG nicht, vielmehr greifen hier die allgemeinen Grundsätze ein[2]. Eine Aufrechnung von Einlageforderung und Forderung gegen die Gesellschaft ist jedoch nur in beschränktem Umfange möglich: Einmal ist es dem Einlageschuldner gem. § 66 Abs.1 AktG nicht gestattet, einseitig gegen eine Einlageforderung der Gesellschaft aufzurechnen. Möglich ist allenfalls eine einseitige Aufrechnung durch die Gesellschaft oder ein Aufrechnungsvertrag.
Weitere Einschränkungen ergeben sich hinsichtlich der Forderung des Aktionärs gegen die Gesellschaft. Bestand die Forderung bereits bei Errichtung der Gesellschaft oder bei Kapitalerhöhung und wird deren Aufrechnung gegen die Einlageschuld des Gesellschafters vereinbart, bevor dieser die Aktien, welche die Einlageverpflichtung begründen, übernimmt oder zeichnet, so liegt keine Barleistung vor. Der Vorgang

---

1) Vgl. auch Lutter S.130 ff

2) Baumbach-Hueck § 54 Rdn.11; Godin-Wilhelmi § 54 Anm.6

wird vielmehr als eine Einbringung einer Forderung angesehen, weswegen die Voraussetzungen für die Leistung von Sacheinlagen zu beachten sind[1]. Des weiteren sind nach einhelliger Meinung[2] eine einseitige Aufrechnung der Gesellschaft oder ein Aufrechnungsvertrag dann verboten, wenn sie nicht zur vollen Erfüllung der Einlageschuld führen, sondern zur teilweisen Befreiung von ihr, insbesondere wenn die Gesellschaft keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung erhält. Dies bedeutet, daß die Gesellschaft nicht mehr aufrechnen darf, wenn sie überschuldet oder zahlungsunfähig ist[3]. Entscheidend für wirtschaftliche Gleichwertigkeit der beiden Forderungen ist der Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung. Ist die Forderung des Gesellschafters jedoch vollwertig, fällig und liquide, so kann die Gesellschaft gegen sie aufrechnen.

Die Leistung an Erfüllungs Statt, also etwa einer Sacheinlage an Stelle einer Bareinlage ist dem Einlageschuldner nicht gestattet[4]. Auf diese Weise könnte allzu leicht eine Sacheinlage geleistet werden, ohne daß die hierbei erforderlichen Sicherungen beachtet zu werden bräuchten. Auch die Umgehung dieses Verbotes durch Sachleistung an die Gesellschaft und nachfolgender Aufrechnungserklärung durch diese ist unzulässig[5].

Dagegen ist Leistung erfüllungshalber, etwa durch Hingabe eines Wechsels oder Schecks, möglich, denn hier erhält die Gesellschaft letztlich die Geldleistung, wenn auch von einem Dritten[6]. Die Einlageverpflichtung ist jedoch nicht schon mit Hingabe des Schecks oder Wechsel erfüllt, sondern erst, wenn die Forderung hieraus erfüllt wurde.

3. Vergleicht man die Regelungen über das "Wie" der Barleistung im deutschen und englischen Recht, so kommt man auch hier zum Ergebnis, daß die deutschen Regelungen den Gedanken der realen Kapitalaufbringung strenger ins Auge fassen als die englischen.
Dies zeigt sich einmal daran, daß die Art und Weise der Bareinlage bei Leistung der Mindestzahlung auf wenige Formen, welche die Sicherheit

---

1) (Zur Abgrenzung von Aufrechnung und Sacheinlage) vgl. hierzu unten S.98 f

2) RG 134,262; BGHZ 15,57; Schlegelberger-Quassowski § 60 Anm.6; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 66 Anm.11; Godin-Wilhelmi § 66 Anm.5; Baumbach-Hueck § 66 Rdn.8

3) RG JW 32,718

4) Vgl. Barz. in Großkomm. 3.Aufl. § 66 Anm.16; Godin-Wilhelmi § 66 Anm.4

5) Vgl. Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 66 Anm.16; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 221 Anm.8; Staub-Pinner § 221 Anm.4; RGZ 141,209; a.A. Ritter § 60 Anm.5

6) Vgl. hierzu Lutter S.132

der Zahlung besonders gewährleisten, beschränkt ist, während in England kein Unterschied zwischen der Art der Mindesteinzahlung und der Barleistung im allgemeinen getroffen wird.

Ein weiterer Unterschied zeigt sich bei der Regelung der Aufrechnung. Die Bedeutung der Aufrechnung im Hinblick auf die Kapitalaufbringung zeigt sich bei der Frage, ob ein Gesellschafter bei Auftreten finanzieller Schwierigkeiten der Gesellschaft das Risiko, hinsichtlich seiner Forderung nicht durch die Gesellschaft befriedigt zu werden, durch Aufrechnung verhindern darf. Würde man dies vorbehaltlos gestatten, so würden die Interessen der übrigen Gesellschaftsgläubiger gefährdet werden, da sich das haftende Gesellschaftsvermögen nicht um die zu leistende Einlage vergrößern würde.
Die Beschränkung des Aufrechnungsverbotes im englischen Recht auf die Liquidation der Gesellschaft ist hier zu formell und schützt die Gläubiger zu wenig. Diese sind nämlich schon dann benachteiligt, wenn der Gesellschafter bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, aber noch vor Beginn der Liquidation aufrechnen kann. Der Gesellschafter ist hier voll befriedigt worden, während er in der Liquidation unter gleichen Verhältnissen wie die anderen Gläubiger nur eine Quote bekommen würde. Wirkungsvoller ist daher die deutsche Regelung, welche die Aufrechnung vor Beginn der Liquidation nur dann zuläßt, wenn Einlageforderung und Forderung des Aktionärs wirtschaftlich gleichwertig sind.
Allzu große Auswirkungen dürfte jedoch die uneingeschränkte Erlaubnis der vertraglichen Aufrechnung in England nicht haben, da in der Praxis wegen der niedrigen Aktiennennwerte sofortige Volleistung aller Einlageverpflichtungen die Regel ist.

Leistung an Erfüllungs Statt ist dagegen nach beiden Rechtsordnungen unzulässig, wenn sich auch in England noch bis zur Hinterlegung des Zeichnungsvertrages bei der Registerbehörde Gelegenheit zur Abänderung der Leistungspflicht bietet.

Eine Gefährdung der Kapitalaufbringung nimmt die englische Rechtsordnung auch bei der an sich gefahrlosen Leistung erfüllungshalber in Kauf. Erfüllungswirkung tritt hier schon mit Empfang des Schecks ein, während nach dem auf Sicherheit bedachten deutschen Recht erst die Leistung hieraus den Einlageschuldner befreit.

II. Die Sacheinlagen

Neben der Barzahlung kann die Leistung auch durch die Einlage von Sachwerten bewirkt werden. Hierbei ergeben sich für das Kapital und seine reale Aufbringung vor allem zwei Probleme. Einmal besteht die Frage, wieweit der Kreis dessen, was als Sacheinlage geleistet werden kann, gezogen werden darf, ohne die reale Kapitalaufbringung und den Schutz der Gesellschaftsgläubiger zu gefährden. Die weitere Schwierigkeit ist, daß die ausgegebenen Aktien auf einen bestimmten Nennwert lauten und der Zeichner mit seiner Einlage diesen Nennwert nicht unterschreiten darf. Bei der Leistung von Bareinlagen ist leicht erkennbar, ob der Zeichner wenigstens in Höhe des Nennwertes bezahlt hat oder nicht. Werden dagegen Sacheinlagen geleistet, so ist deren Bewertung erforderlich, um feststellen zu können, ob sie den Wert des jeweiligen Aktiennennbetrages erreichen. Dies birgt jedoch die Gefahr in sich, daß die Sacheinlagen bewußt oder unbewußt überbewertet werden. Eine solche Überbewertung führt dazu, daß der Gesellschaft weniger Vermögen zufließt, als Gesellschaftskapital in der Bilanz ausgewiesen ist.

1.a) Bei der Frage, welches Kriterium allgemein für die Einlagefähigkeit von Sacheinlagen entscheidend ist, könnte man zunächst von der Funktion des Kapitals ausgehen[1]. Dieses dient einmal der Gesellschaft dazu, den Betrieb ihres Unternehmens zu beginnen und zu unterhalten. Es kämen daher besonders Sacheinlagen in Frage, welche der Gesellschaft zur Verfolgung ihres Gesellschaftszweckes dienen.
Weiterhin erfüllt das Kapital auch eine Garantiefunktion: Das Vermögen der Gesellschaft ist Zugriffsobjekt ihrer Gläubiger. Hieraus läßt sich nicht nur der Grundsatz ableiten, daß das Kapital auch bei der Leistung von Sacheinlagen tatsächlich (real) aufgebracht werden muß. Vielmehr müssen die Gegenstände der Einlage auch geeignete Zugriffsobjekte für die Gläubiger, also verwertbar sein.

aa) Im englischen Recht werden Sacheinlagen definiert als 'payment otherwise than cash'[2]. Der Begriff ist also nur negativ von dem der Barzahlung abgegrenzt, weitere Beschränkungen ergeben sich aus dem Companies Act 1948 nicht. Dies zeigt, daß die Einlagefähigkeit von Sach-

---

1) Vgl. hierzu Lutter S.229 ff

2) Vgl. Wortlaut in s.42 (1) (b) Comp.Act 1948

einlagen nicht von der Funktion des Kapitals her bestimmt ist. Richtmaß für die Einlagefähigkeit von Sacheinlagen ist vielmehr die allgemeine vertragsrechtliche Institution der 'consideration'. Wann eine solche im Falle der Zuteilung von Aktien vorliegt, ergibt sich aus den Worten von Farwell, L.J.: "Now I apprehend that shares are issued subject to payment either in money or money's worth, by which I understand that there must be something to set on the credit side of the company against the liability for the amount of shares issued"[1]. Entscheidend ist also das Anwachsen des Gesellschaftsvermögens. Hieraus ergibt sich, daß die Einbringung von Sachen, Rechten und Forderungen grundsätzlich möglich ist[2]. Jedoch kann auch die Verpflichtung zu zukünftigen Dienstleistungen Gegenstand einer Sacheinlage sein. Die Zuteilung der Aktien braucht in diesem Fall nicht bis zur Erbringung der Dienstleistung aufgeschoben zu werden, und die Aktien sind bei Zuteilung bis zu der im Vertrag vereinbarten Höhe bezahlt. Falls der Gesellschafter die versprochene Dienstleistung nicht ausführt, kann die Gesellschaft nur auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht jedoch auf Leistung der Einlage in bar klagen[3].

Liegt bei der Leistung einer Sacheinlage nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechtes eine 'no good consideration' vor, so ist die Einlagefähigkeit dieses Gegenstandes ausgeschlossen[4]. Dies ist dann gegeben, wenn die angebliche 'consideration' nur scheinbar einen Wert darstellt[5].

So liegt ein unwirksamer Vertrag über die Leistung von Sacheinlagen vor, wenn die Leistung des Gesellschafters nur darin besteht, daß er die Aktien überhaupt zeichnet. Das Zeichnen von Aktien an sich ist noch keine genügende 'consideration', da der Zeichner in Wahrheit der Gesellschaft nichts für den Betrag gibt, für welchen die Aktien als bezahlt gelten sollen[6]. Ebensowenig können Dienstleistungen als 'con-

---

1) Bury v. Fatima Development Corpn. (1909) 1 Ch.754, 761

2) Vgl. Pennington S.136; Gore-Brown S.231; Palmer S.190

3) Re Theatrical Trust, Ltd., Chapman's Case, (1895) 1 Ch.771 ; Gardner v. Iredale (1912) 1 Ch.700

4) Gore-Brown S.233; Palmer S.137

5) Thomas v. Thomas 2 Q.B.857, E.R.114,332. Verkörpert die 'consideration' jedoch tatsächlich einen Wert, so ist es unerheblich, ob dieser geringer ist als der Wert der gezeichneten Aktien, vgl. Keßler in Festschrift für Rabel, Bd.I, S.251 ff

6) Ooregum Gold Mining Co. of India v. Roper, (1892) A.C.125

sideration' vereinbart werden, welche bereits in der Vergangenheit ausgeführt wurden und welche die Gesellschaft nicht zu vergüten hatte[1]. Und endlich ist es einer Gesellschaft verwehrt, Aktien auszugeben, wenn die Gegenleistung darin besteht, daß der Zeichner der Gesellschaft eine Schuld erläßt, welche sie nur aus ihrem zukünftigen Gewinn an ihn zu erfüllen hat. Der Erlaß einer bedingten Schuld ist keine 'consideration'[2].

bb) Auch das deutsche Recht gibt keine gesetzliche Begriffsbestimmung über den Gegenstand der Sacheinlagen. Die negative Abgrenzung in § 27 AktG läßt daher die Frage der Einlagefähigkeit offen. Nach h.M. kann als Sacheinlage jeder Gegenstand geleistet werden, der übertragbar ist und der einen bilanzfähigen Vermögenswert darstellt[3]. Dabei wird die Grenze sehr weit gezogen. Es können eingebracht werden übertragbare Sachen und Rechte, etwa Urheber-, Lizenz- und Patentrechte[4], Gebrauchs- und Geschmacksmuster, ferner Aktien, GmbH-Anteile und übertragbare Konzessionen. Darüber hinaus können aber auch obligatorische Ansprüche sowie Rechte aus einem Vertragsangebot, das durch Annahme der Gesellschaft wirksam werden kann, Gegenstand einer Sacheinlage sein[5]. Ebenso sind Sachgesamtheiten wie Handelsgeschäfte einbringungsfähig[6]. Hier erfolgt die Übernahme in der Regel auf Grund einer Bilanz. Wenn der Stichtag der Bilanz nicht mit dem der Einbringung zusammenfällt, kann sich der Wert der Sacheinlage verändern. Daher wird in der Regel vereinbart, daß das Handelsgeschäft vom Bilanzstichtag ab als für Rechnung der Gesellschaft geführt gilt. Eine eintretende Vermögensverminderung führt dann zu einer unstatthaften Unterpari-Ausgabe der Aktien[7].

---

1) Re Eddystone Marine Insurance Co., (1893) 3 Ch.9. Kein Anspruch auf Vergütung besteht z.B. für Dienste, die der Gründer vor Bestehen der Gesellschaft geleistet hat, vgl. oben S. 87

2) Bury v. Fatima Development Corpn., Ltd., (1909) 1.Ch.754

3) BGH 29,304; KG in KGJ 44 A 146; 45 A 175; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 27 Anm.6; Godin-Wilhelmi § 27 Anm.11; Schlegelberger-Quassowski § 20 Anm.4; Würdinger § 9 II 2a; a.A. Lutter S.231 ff., der die Einlagefähigkeit von der Garantiefunktion des Kapitals her beurteilen will.

4) RFH JW 1920,792

5) RG Seuff.A 87 Nr.71; KG RJA 12,58; Barz a.a.O.; Schlegelberger-Quassowski a.a.O.

6) RG 70,223; JW 1911,495

7) Godin-Wilhelmi § 27 Anm.13; Baumbach-Hueck § 27 Rdn.3; Schlegelberger-Quassowski § 20 Anm.4; a.A. Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 27 Anm.8

Nicht einlagefähig dagegen sind nach h.M. die Verpflichtungen zu künftigen Dienstleistungen, weil die Ansprüche hieraus nicht aktivierbar, weil nicht in Geld umsetzbar sind[1]. Keinen bilanzfähigen Vermögenswert haben auch künftige Forderungen und Rechte[2], sowie noch nicht zur Entstehung gelangte Sachen[3].

b) Sowohl nach englischem wie nach deutschem Recht kann eine Forderung Gegenstand einer Sacheinlage sein. Natürlich kann dem Einlageschuldner auch eine Forderung gegen die Gesellschaft selbst zustehen. Bei der Einbringung solcher Forderungen ergeben sich jedoch Schwierigkeiten. So ist es fraglich, ob Forderungen gegen die Gesellschaft selbst überhaupt einlagefähig sind, und weiter, wann die Einbringung einer solchen Forderung als Sacheinlage und wann als Aufrechnung zu qualifizieren ist. Obwohl die Einbringung von Forderungen gegen die Gesellschaft selbst wirtschaftlich gesehen das gleiche ist wie die Aufrechnung, so ist sie doch als Abtretung mit anschließender Konfusion rechtlich von der Aufrechnung verschieden. Die Unterscheidung hat aber deswegen Bedeutung, weil die Aufrechnung als Barzahlung gilt und daher nicht den Kautelen unterliegt, die bei der Leistung von Sacheinlagen, wozu die Einbringung von Forderungen gegen die Gesellschaft selbst gehört, beachtet werden müssen. Andererseits entfällt bei der Einbringung der Forderung als Sacheinlage das für die Aufrechnung bestehende Erfordernis der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit von Einlageforderung und eingebrachter Forderung.

aa) Im englischen Recht wäre eine gegen die Gesellschaft selbst bestehende Forderung einlagefähig. Der nach englischem Recht geforderte Vermögenszuwachs ergäbe sich dadurch, daß ein Passivum der Gesellschaft aufgelöst wird und hierdurch gebundene Aktiva der Gesellschaft nicht mehr neutralisiert werden.

Eine Unterscheidung zwischen Einbringung einer solchen Forderung als Sacheinlage und Aufrechnung wird im englischen Recht jedoch nicht getroffen. Stehen sich eine Forderung der Gesellschaft und eine solche des

---

1) Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 27 Anm.7; Schlegelberger-Quassowski § 2o Anm.4; Baumbach-Hueck § 27 Rdn.3; Würdinger § 9 II 2a; mit Einschränkung Godin-Wilhelmi § 27 Anm.12

2) Schlegelberger-Quassowski a.a.O.; Düringer-Hachenburg-Bing § 186 Anm.25; Barz a.a.O. Anm.9

3) a.A. Barz a.a.O. Anm.9

Aktionärs gegenüber, so wird bei der Leistung der Einlage nur von der Aufrechnung ausgegangen[1]. Eine Unterscheidung nach Sacheinlage durch Einbringung einer Forderung und Barleistung durch Aufrechnung hätte auch wenig Sinn, da bei der Leistung von Sacheinlagen keine besonderen Sicherungen vorgeschrieben sind, die bei einer solchen Unterscheidung zur Anwendung kommen könnten[2].
Auch bei Umwandlung von Schuldverschreibungen in Aktien wird vom Gedanken der Aufrechnung ausgegangen. Die Sicherung der Kapitalaufbringung wird durch die Anwendung des Verbotes der Unterpari-Emission erreicht[3].

bb) Im deutschen Aktienrecht ergibt sich die Bilanzfähigkeit von Forderungen gegen die Gesellschaft selbst aus den gleichen Gründen, wie sie für die englische Regelung erörtert wurden[4].

Jedoch wird ein Unterschied zwischen der Barleistung im Wege der Aufrechnung und der Leistung einer Sacheinlage durch Einbringung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung gemacht. Besteht die Forderung eines Gesellschafters bereits bei der Errichtung der Gesellschaft oder bei Kapitalerhöhung, so liegt eine Sacheinlage vor, wenn die Einbringung dieser Forderung, in welcher rechtlichen Form dies auch immer geschehen mag, vor Übernahme bzw. Zeichnung der Aktien vereinbart wurde[5]. Forderungen, die vor Errichtung der Gesellschaft begründet wurden, können jedoch nur dann geeigneter Gegenstand einer Sacheinlage sein, wenn sie in die Satzung aufgenommen worden sind, denn nur in diesem Fall entsteht mit der Gesellschaft auch ihre Schuld[6]. Die Einbringung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung als Sacheinlage ist ausgeschlossen, wenn die Forderung erst nach Errichtung oder Kapitalerhöhung zur Entstehung gelangt oder wenn die Einbringung einer vorher entstandenen Forderung als Sacheinlage nicht schon vor Übernahme bzw. Zeichnung ver-

---

1) Zu den Erfordernissen, denen die einzubringenden Forderungen genügen müssen, vgl. daher bei der Aufrechnung oben S. 86 ff

2) Vgl. hierzu unten S. 101 ff

3) Vgl. oben S. 70 f

4) Vgl. hierzu Schlegelberger-Quassowski § 20 Anm. 5; Lutter S. 234

5) Vgl. Barz in Großkomm. 3. Aufl. § 66 Anm. 15; Schlegelberger-Quassowski § 150 Anm. 2; Baumbach-Hueck § 183 Rdn. 2; ähnlich Lutter S. 240

6) Schlegelberger-Quassowski § 20 Anm. 5

einbart wurde. In solchen Fällen ist nur Aufrechnung möglich, soweit eine solche nach § 66 Abs.1 Satz 2 AktG zulässig ist[1].

Die Hingabe von bezugsberechtigten Wandelschuldverschreibungen ist eigentlich gemäß § 27 AktG eine Sacheinlage[2]. Gemäß § 194 Abs.1 Satz 2 AktG gilt sie jedoch als Barzahlung. Auch hier wird daher, wie im englischen Recht, die Kapitalaufbringung durch das Verbot der Unterpari-Emission in § 199 Abs.2 AktG gesichert[3]. Da es sich aber nicht um eine Aufrechnung handelt, brauch im Umwandlungszeitpunkt keine wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Obligation und der Einlageforderung zu bestehen.

In keinem Falle als Sacheinlage geeignet ist jedoch nach h.M. die Forderung auf einen Gründerlohn[4]. Bei der Gründung erbrachte Dienstleistungen sind bereits verbraucht, wenn die Aktiengesellschaft entsteht. Eine Gewährung von Aktien hierfür käme der Ausgabe von Freiaktien gleich, was gegen zwingende aktienrechtliche Vorschriften verstieße.

c) Im Zusammenhang mit der Einlagefähigkeit von Sacheinlagen ergibt sich weiterhin die Frage, ob ein Zeichner bzw. Übernehmer von Aktien eigene Aktien der Gesellschaft als Sacheinlage an sie leisten darf.

aa) Im englischen Recht wird die Einlagefähigkeit eigener Aktien verneint. Eine Gesellschaft kann nicht ihr eigener Aktionär werden[5].

bb) Auch im deutschen Recht dürfen eigene Aktien der Gesellschaft nicht als Sacheinlagen eingebracht werden, da dies dem Verbot des abgeleiteten Erwerbes eigener Aktien in § 71 AktG widerspräche[6]. Eine Ausnahme hiervon wäre nur möglich, um die Gesellschaft vor schwerem Schaden zu bewahren, § 71 Abs.1 Ziff.1 AktG.

---

1) Über die einzelnen Voraussetzungen der Aufrechnung vgl. oben S.91 f

2) Godin-Wilhelmi § 194 Anm.3; Baumbach-Hueck § 194 Rdn.2; vgl. auch oben S.97

3) Vgl. hierzu oben S.74 f

4) Vgl. Schlegelberger-Quassowski § 2o Anm.7; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 27 Anm.7; Godin-Wilhelmi § 27 Anm.12; Baumbach-Hueck § 27 Rdn.3; a.A. Schnorr v.Carolsfeld in DNotZ 1963 S.418; Lutter S.238. Im englischen Recht ist die Einbringung der Forderung auf Gründerlohn entsprechend dem oben auf S.97f Erörterten ein Problem der Aufrechnung, vgl. S. 87

5) Trevor v. Whitworth (1887) 12 App. Cas.409; vgl. auch oben S.50 f

6)

d) Sowohl das deutsche wie das englischen Aktienrecht gehen bei der Frage der Einlagefähigkeit grundsätzlich von der Bilanzfähigkeit oder der Feststellbarkeit eines Vermögenswertes aus. Hierbei werden die Grenzen sehr weit gezogen. In England sind sogar künftige Dienstleistungen einlagefähig. Nach beiden Rechtsordnungen werden die Funktionen des Kapitals, insbesondere die Garantiefunktion den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, nicht als Kriterium für die Einlagefähigkeit von Sacheinlagen berücksichtigt, was bedeuten kann, daß Gesellschaftsvermögen in der Liquidation als Zugriffsobjekt für die Gesellschaftsgläubiger nicht verwerbar ist.

Bei der Einbringung von Forderungen gegen die Gesellschaft selbst wird im deutschen Recht zwischen Sacheinlage und Aufrechnung unterschieden. Dies ist insoweit von Vorteil, als bei einem Teil der gegen die Gesellschaft gerichteten Forderungen die Sicherheitsvorschriften für Sacheinlagen anwendbar sind, welche die reale Kapitalaufbringung im Interesse der Gesellschaftsgläubiger sichern. Da im englischen Recht dagegen eine Prüfung des Wertes der Sacheinlagen nahezu gänzlich fehlt, wird dort bei der Einbringung von Forderungen gegen die Gesellschaft selbst vom Vorstellungsbild der Aufrechnungsvereinbarung ausgegangen.

Noch vor Gründung der Gesellschaft erbrachte Dienstleistungen können nach beiden Rechtsordnungen nicht zur Bezahlung der gezeichneten Aktien dienen. Eine Vergütung in bar ist jedoch durch die Gesellschaft zulässig, wenn auch nach englischem Recht kein Anspruch hierauf besteht. Zu beachten ist aber, daß in England viele Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Entstehen und dem Aufbau einer Gesellschaft erst nach der eigentlichen Gründung erbracht werden, da der englische Gründungsvorgang von dem deutschen unterschiedlich ist[1].

Nach beiden Rechtsordnungen ist die Einbringung eigener Aktien der Gesellschaft im Interesse der realen Kapitalaufbringung unzulässig. Die Frage der Einlagefähigkeit von Forderungen aus Wandelschuldverschreibungen stellt sich dagegen weder im englischen noch im deutschen Recht, da die Umwandlung dieser Anleihen in Aktien als Barzahlung betrachtet

---

6) In diesem Fall würde der abgeleitete Erwerb der eigenen Aktien aber nicht wie sonst zu einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens führen, sondern ein Anwachsen verhindern. Es liegt also ein Problem der Aufbringung und nicht der Erhaltung des Kapitals vor.

1) Vgl. oben S. 12 f

wird und die Kapitalaufbringung durch das Verbot der Unterpari -Emission gesichert wird.

2) Die Bewertung der Sacheinlagen

Die Bewertung von Sacheinlagen ist notwendig, um feststellen zu können, ob die von den Gesellschaftern zu leistenden Einlagen der Kapitalziffer der Gesellschaft entsprechen. Hierbei ergibt sich jedoch die Möglichkeit, der Überbewertung der Sacheinlagen und somit die Gefahr, daß die Einlagen die Kapitalziffer unterschreiten. Dies kann durch objektive Wertermittlung sowie Schutzmaßnahmen gegen Überbewertung verhindert werden.

a)aa) Im englischen Recht muß in erster Linie überhaupt eine Bewertung der Sacheinlagen durch die Direktoren der Gesellschaft stattfinden. Ohne irgendeine Bewertung ist von vorneherein keine Gleichsetzung der Sacheinlagen mit dem Nennwert der ausgegebenen Aktien möglich[1]. Wurde jedoch die Leistung bestimmter Sacheinlagen gegen Zuteilung einer bestimmten Anzahl von Aktien vertraglich vereinbart, so besteht die Vermutung, daß die Sacheinlagen bewertet wurden[2].

bb) Hinsichtlich der Bewertung von Sacheinlagen gilt das allgemeine Vertragsrecht[3]. Das bedeutet, daß die Consideration-Lehre hier eingreift[4]. Einer ihrer Grundsätze lautet: "consideration need not be adequate", d.h. der Wert der 'consideration' braucht dem Wert der versprochenen Leistung nicht zu entsprechen. Es ist daher einer Gesellschaft bei der Bewertung von Sacheinlagen grundsätzlich jegliche Freiheit gelassen, und ihre Bewertung wird auch als richtig anerkannt[5]. Überbewertungen von Sacheinlagen sind also ohne weiteres möglich und wirksam. Daß dies nicht zu Mißständen führt, liegt daran, daß Direktoren und Gründer, die ja meist die Nutznießer von Überbewertungen sind, bei der Führung des Unternehmens einer starken Kontrolle durch die Aktionäre ausgesetzt sind. Werden die Aktien an einer Börse gehandelt, so greift deren ständige Kontrolle ein. Nur bei Kleinstgesellschaften, bei denen die Gründer die einzigen Aktionäre sind und daher jede Kontrolle schon innerhalb der Gesellschaft fehlt, sind Mißbräuche möglich.

---

1) Tintin Exploration Sydicate, Ltd. v. Sandys (1947),177 L.T.412,418

2) Vgl. Pennington S.139

3) Vgl. Pennington S.139

4) Vgl. auch Battes S.42

5) Re Wragg (1897) 1 Ch.796

Die Grenze der Bewertungsfreiheit ergibt sich dort, wo die Bewertung durch die Direktoren betrügerisch oder bösgläubig ist und dazu führt, daß der Wertansatz der Sacheinlage "a mere blind or clearly colourable or illusory" ist[1]. Dies war der Fall in Re White Star Line, Ltd.[2], wo eine Gesellschaft von einem insolventen Aktionär Schuldverschreibungen als Sacheinlage annahm, die der Gesellschaft Bezahlung nur aus künftigen Gewinnen des Gesellschafters zusicherten. Hier wurde entschieden, daß die Bewertung der Sacheinlage dem Nennwert der Aktien nicht angemessen war, und daß der Grund der Gesellschaft für die Annahme dieser Sacheinlage darin bestand, überhaupt etwas von dem Gesellschafter zu erhalten. Die Tatsache jedoch, daß eine Gesellschaft einen überhöhten Wert für einzubringende Sachen, Rechte oder Dienstleistungen ansetzt, ist noch kein genügender Beweis dafür, daß die Direktoren bei der Bewertung bösgläubig waren, selbst dann nicht, wenn die bewerteten Sacheinlagen kurz vorher niedriger bewertet worden waren[3]. Hierbei wurden die Grenzen recht weit gezogen[4].

cc) Da eine Überbewertung von Sacheinlagen im englischen Recht als Ausfluß der Vertragsfreiheit möglich ist, wurde im Companies Act 1948 keine Institution vorgesehen, welche die Angemessenheit des vereinbarten Wertes überprüft. Das Gericht nimmt diese Aufgabe nur wahr, wenn der Liquidator in einer Klage auf Leistung der Einlagen das Vorliegen einer der zwei erwähnten Fälle behauptet: fehlende Bewertung der Sacheinlagen oder betrügerische bzw. bösgläubige Bewertung. Darüber hinaus befaßt sich das Gericht mit der Angemessenheit des vereinbarten Wertes, wenn der Liquidator den Zeichnungsvertrag anficht, weil die Überbewertung der Sacheinlage auf einem Irrtum der Direktoren beruhte[5].

dd) Die Rechtsfolge eines Mißbrauchs der Bewertungsfreiheit ist, daß die gezeichneten Aktien vollkommen unbezahlt sind und der Gesellschafter ihren Nennwert in bar bezahlen muß[6]. Er kann seinerseits den Wert seiner

---

1) Die Abgrenzung zur ungenügenden 'consideration' ist hierbei fließend, vgl. auch Battes S.46

2) (1938) 1 All E.R.607; (1938) Ch.458

3) Re Wragg, Ltd. (1897) 1 Ch.796

4) Vgl. hierzu Re Innes and Co., Ltd., (1903) 2 Ch.254

5) Vgl. Re Wragg, Ltd. a.a.O. auf S.836

6) Re White Star Line, Ltd., (1938) 1 All E.R.607; (1938) Ch.458; Pennington S.141

Einlage zurückverlangen. Diese Regelung bedeutet im Ergebnis nicht unbedingt, daß der Einleger letztlich nur die Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der von ihm geleisteten Einlage und dem Nennwert der gezeichneten Aktien zu bezahlen hat. In der Liquidation nämlich hat der Gesellschafter die gesamte Bareinlage vorzuleisten[1] und ist hinsichtlich seines Anspruches nur auf die Quote beschränkt.
War der Gesellschafter sich jedoch der Überbewertung nicht bewußt, als er den Zeichnungsvertrag abschloß, so braucht er den Vertrag nicht anzuerkennen (sog. 'repudiation'), solange er noch nicht als Gesellschafter in das 'register of members' eingetragen worden ist. Die Einlageverpflichtung entfällt dann für ihn[2]. In der Literatur wird die Möglichkeit der 'repudiation' auch für den von der Rechtsprechung noch nicht entschiedenen Fall angenommen, daß der Gesellschafter bereits im Mitgliedsregister eingetragen ist[3].

Wurde die Gesellschaft ohne ihr Wissen zu einer Überbewertung verleitet, etwa durch arglistige Täuschung[4], so kann die Gesellschaft den Zeichnungsvertrag durch Anfechtung vernichten (sog. 'rescission'). Sie hat in diesem Fall die empfangene Sacheinlage zurückzugewähren[5]. Da die Rückerstattung der überbewerteten Sacheinlage der Gesellschaft manchmal nicht möglich, oft wohl auch gar nicht wünschenswert erscheint, wird von dem Recht der 'rescission' selten Gebrauch gemacht. Hinzu kommt, daß die Gesellschaft auf Grund der 'rescission' und der Rückgewährung der Sacheinlage die gezeichneten Aktien nicht als unbezahlt betrachten kann. Werden diese vom Zeichner zurückgewährt, so entfällt dessen Leistungspflicht[6]. Dieses Ergebnis scheint insbesondere im Vergleich mit der Rechtsfolge der bewußten Überbewertung von Sacheinlagen unbillig.

---

1) Re White Star, Ltd., a.a.O.

2) Re MacDonald, Sons and Co., (1894) 1 Ch.89

3) Vgl. Pennington S.141

4) Re Almada and Tirito Co. (1888), 38 Ch.D.415,423; Re Wragg, Ltd. (1897) 1 Ch.796,830

5) Vgl. Pennington S.142; Gore-Brown S.234

6) Re Wedgwood Coal and Iron Co., Anderson's Case (1877) 7 Ch.D.75,94; war der Sacheinleger jedoch Gründer oder Direktor, so kann die Gesellschaft aus diesem Vertrauensverhältnis nach Anfechtung des Zeichnungsvertrages und Rückgabe der Einlage Schadensersatzansprüche geltend machen, vgl. Pennington S.450 ff, 489 ff; Battes S.69 ff

Nur einmal wurde die Zuteilung von Aktien, für welche die Leistung von Sacheinlagen vereinbart worden war, für nichtig erklärt. Es war dies der bereits erwähnte Fall, in welchem eine Bewertung der Einlagen überhaupt nicht vorgenommen wurde und das Wertverhältnis von Einlage und Nennwert der gezeichneten Aktien nicht angemessen war[1]. Es wurde hier durch das Gericht entschieden, daß eine Zuteilung von Aktien ohne eine vorangegangene Bewertung der Sacheinlagen 'ultra vires' und daher nichtig ist[2].

ee) Eine Ausfall- oder Ersatzhaftung Dritter für die Wertdifferenz von geleisteter Einlage und Aktiennennwert ist im Companies Act 1948 nicht vorgesehen. S.212 (1) (d) Comp.Act 1948 beschränkt die Haftung der Gesellschafter auf den noch nicht geleisteten Betrag der Einlage der von ihnen gezeichneten Aktien. Eine Haftung der Direktoren kann sich deshalb nur aus Common-Law-Grundsätzen ergeben. Direktoren haben danach bei Ausübung ihrer Tätigkeiten für die Gesellschaft eine Sorgfalspflicht zu beachten. Wird diese verletzt, so kann eine Haftung aus 'negligence' entstehen. Hinsichtlich der Haftung lassen die Gerichte jedoch Großzügigkeit walten, da an die Sorgfaltspflicht von Direktoren keine allzu großen Anforderungen gestellt werden. Es genügt, wenn Direktoren diejenige Sorgfalt walten lassen, welche vernünftigerweise von ihnen erwartet werden kann, und im übrigen aufrichtig zum Wohle der Gesellschaft handeln. Sie haften in diesem Fall nicht für einen bei der Bewertung der Sacheinlagen aufgetretenen Irrtum[3], sondern allenfalls bei Kenntnis der die Überbewertung begleitenden Umstände[4]. Gegen diesen niedrig angesetzten Maßstab wird mit Recht eingewendet[5], er träfe auf heutige Verhältnisse nicht mehr zu, in denen das Amt des Direktors nicht mehr ehrenhalber, sondern beruflich ausgeübt wird und die Möglichkeit zu größerer Sorgfalt bietet.
Auch für Gründer kann sich eine Haftung aus 'negligence' ergeben, wenn sie der Gesellschaft erlauben, Gegenstände zu einem überbewerteten Preis zu kaufen oder als Einlage anzunehmen[6]. Hier dürften die Gerichte jedoch

---

1) Tintin Exploration Syndicate, Ltd. v. Sandys, (1947), 177 L.T.412

2) Zur kritischen Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung vgl. Pennington S.141

3) Vgl. Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate, (1899) 2 Ch.392,435; Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd. (1911) 1 Ch.425,437

4) Overend and Gurney Co. v. Gibb (1872) B.R.5 H.L.480,487 ff

5) Vgl. Pennington S.501

6) Jacobus Marler Estates, Ltd. v. Marler (1913), 85 L.P.C.167

ebenfalls kaum strengere Maßstäbe anlegen, als sie dies bei der Haftung der Direktoren aus 'negligence' tun[1].

Ansprüche, die sich infolge von Überbewertung von Sacheinlagen gegen Einlageschuldner oder Dritte ergeben,können nur von der Gesellschaft selbst geltend gemacht werden, da sowohl Einlageverpflichtung wie auch die Pflichten von Gründern oder Direktoren aus 'common law' nur ihr, nicht jedoch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber bestehen[2].

Tritt bei unangemessenem Wertverhältnis von Einlage und ausgegebenen Aktien als Rechtsfolge Nichtigkeit oder Vernichtung des Zeichnungsvertrages ein, so führt dies gleichwohl nicht zur Nichtigkeit der Gesellschaft, da im englischen Recht das Erfordernis der Vollzeichnung des Kapitals nicht besteht[3].

ff) Bewertungsgrundsätze können umgangen werden, indem die Leistung von Sacheinlagen als einheitlicher Vorgang in zwei selbständige Teilakte ausgespalten wird. Dies kann einmal so vonstatten gehen, daß zunächst der entgeltliche Erwerb von überbewerteten Gegenständen vereinbart wird. Daraufhin zeichnet der Veräußerer Aktien mit einem Nennwert in Höhe der für die Gesellschaft entstandenen Kaufpreisschuld, und Gesellschafts- und Einlageschuld werden aufgerechnet. Bei der zweiten Möglichkeit werden zunächst die Aktien gezeichnet, daraufhin überbewertete Gegenstände in Höhe des Wertes der gezeichneten Aktien an die Gesellschaft veräußert und ebenfalls die entstandenen Zahlungsverpflichtungen verrechnet.
Im englischen Recht sind solche Umgehungen von untergeordneter Bedeutung, da, wie bereits ersichtlich wurde, bei der Leistung von Sacheinlagen äußerste Bewertungsfreiheit gilt[4]. Von Bedeutung sind sie daher nur, wenn bei der Leistung von Sacheinlagen die Bewertung eines Gegenstandes zur Überschreitung der Grenzen der Bewertungsfreiheit führen würde. Wurde der veräußerte Gegenstand ohne Kenntnis der Gesellschaft überbewertet, so kann diese den Veräußerungsvertrag vernichten. Der Gesellschafter bleibt gleichwohl zur Leistung der Bareinlage aus dem

---

1) Vgl. hierzu Pennington S.454

2) Vgl. Pennington S.454,502

3) Vgl. oben S. 19 f

4) Im allgemeinen dienen Umgehungen nur zur Vermeidung der bei Sacheinlagen erforderlichen Formalien, vgl. Gower S.106 FN.17

Zeichnungsvertrag verpflichtet, eine Aufrechnung ist nicht mehr möglich. War der Gesellschafter Gründer oder Direktor, so haftet er der Gesellschaft auch für aufgetretenen Schaden aus seinem Vertrauensverhältnis zu ihr[1]. Der Fall der bewußten Überbewertung der veräußerten Gegenstände wird dagegen in England nicht erörtert. Hierfür dürfte jedoch im Ergebnis nichts anderes gelten. Die Veräußerung der Gegenstände ist entsprechend den Grundsätzen der 'no good consideration' oder 'illusory consideration' unwirksam, und der Gesellschafter bleibt zur Leistung der vollen Einlage in bar verpflichtet. War er Direktor oder Gründer, so kann eine Haftung aus 'negligence' bestehen.

b) aa) Im deutschen Recht besteht das Erfordernis der Wertgleichheit von Sacheinlagen und dafür ausgegebenen Aktien. Dies ergibt sich einmal aus § 9 Abs.1 AktG, welcher der Aktiengesellschaft den vollen Betrag des Grundkapitals sichern soll[2]. Darüber hinaus wird die eingehende Prüfung der Angemessenheit bei der Gründungsprüfung vom Gesetzgeber gefordert[3]. Da bei Sacheinlagen der Wert geschätzt werden muß und daher wohl selten absolut richtig festgestellt werden kann, ist ausreichend, daß der Wert der Sacheinlage im Rahmen einer vertretbaren Schätzung dem Nennwert der Aktien entspricht. Unzulässig ist demnach nur, wenn der Wert der Sacheinlagen nicht unwesentlich hinter dem Nennwert der dafür zu gewährenden Aktien zurückbleibt[4].

bb) Die Angemessenheit von Sacheinlage und hierfür gewährter Aktie wird durch ein eingehendes Kontrollverfahren überprüft:
Gemäß § 32 AktG haben die Gründer im Gründungsbericht die wesentlichen Umstände darzulegen, von denen die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen abhängt. Hierbei sind Angaben zu machen über alle vorausgegangenen Rechtsgeschäfte, die den Zweck hatten, einen Gegenstand zu erwerben, um ihn in die Gesellschaft einzubringen. Ist der Erwerb oder die Herstellung der Gegenstände innerhalb der letzten zwei Jahre

---

1) Re Leeds and Hanley Theatres of Varieties, (1902) 2 Ch.809; Pennington S.584; Palmer S.526

2) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 9 Anm.3; Godin-Wilhelmi § 9 Anm.3; Baumbach-Hueck § 9 Rdn.2; Schlegelberger-Quassowski § 9 Anm.5; Herbig in DNotZ 1936,332; m.E. Lutter S.280 ff; a.A. Boesebeck in DR 1939 S.434 ff, der von einer Wertdeckungszusage des Inferenten ausgeht; i.d.Rspr. vgl. BGH 29,300

3) Vgl. die Erörterungen unter bb)

4)

vor Feststellung der Satzung gemäß § 23 AktG erfolgt, so sind Anschaffungs- und Herstellungskosten stets anzugeben. Auf diese Weise kann der etwaige Zwischengewinn eines Gründers offengelegt werden. Geht ein Unternehmen auf die Gesellschaft über, so sind neben den bereits genannten Angaben noch die Betriebserträge aus den letzten beiden Geschäftsjahren aufzuführen.

Nach § 33 Abs.1 AktG haben die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates, nach § 33 Abs.2 AktG ein oder mehrere Gründungsprüfer den Hergang der Gründung zu prüfen. Diese Gründungsprüfung erstreckt sich u.a. darauf, ob der Wert der Sacheinlagen dem Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien entspricht, § 34 Abs.1 Ziff.2 AktG.

Nach § 37 Abs.2 Ziff.4 AktG sind der Gründungsbericht und die Prüfungsberichte des Vorstandes, des Aufsichtsrates sowie der Gründungsprüfer mit allen Unterlagen bei dem Registergericht mit der Anmeldung einzureichen. Das Registergericht kann gemäß § 38 Abs.2 AktG die Eintragung ablehnen, wenn die Gründungsprüfer erklären oder das Gericht der Auffassung ist, daß der Wert der Sacheinlagen nicht unwesentlich hinter dem Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurückbleibt.

Hieraus ergibt sich das Recht, aber auch die Pflicht des Registergerichtes, die Angemessenheit zu überprüfen, wenn deren Vorliegen von den Gründungsprüfern verneint wird. Darüber hinaus besteht auch Prüfungsrecht und -pflicht, wenn eine bejahende Stellungnahme der Gründungsprüfer vorliegt, allerdings nur insoweit, als dem Registergericht aus eigenem Wissen oder ihm sonst bekannt gewordenen Tatsachen Zweifel an der Angemessenheit gekommen sind[1].
Nach dem Wortlaut des § 38 Abs.2 Satz 2 AktG "kann" das Gericht die Eintragung ablehnen. Dies bedeutet jedoch nur, daß der Richter nicht an die Erklärung der Gründungsprüfer gebunden ist. Wenn das Registergericht zu der Überzeugung kommt, daß eine Überbewertung der Sacheinlagen vorliegt, muß es die Eintragung ablehnen[2].

---

4) arg. § 38 Abs.2 Satz 2 AktG

1) Vgl. Godin-Wilhelmi § 38 Anm.2; Lutter S.268

2) Vgl. Godin-Wilhelmi a.a.O.; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 38 Anm.8

cc) Die Rechtsfolge einer Überbewertung von Sacheinlagen ist umstritten. Nach der wohl h.L.[1] gelten die für die Unterpari-Emission bestehenden Regelungen. Der Einleger hat den Unterschied zwischen dem Wert der Einlage und dem Nennwert in bar zu leisten, falls die Gesellschaft trotz Überbewertung der Sacheinlagen in das Handelsregister eingetragen wurde. Vor Eintragung der Gesellschaft tritt jedoch eine Verpflichtung zur Leistung des Differenzbetrages nicht ein, da hier das Sacheinlageversprechen nichtig ist.
Daneben wird jedoch auch der Gedanke vertreten, daß der Einleger mit seinem Sacheinlageversprechen eine Zusage zur vollen Deckung des übernommenen Kapitalanteils gegeben hat[2]. Hieraus wird gefolgert, daß der Einleger auch dann, wenn die Gesellschaft nicht eingetragen wurde, den Unterschiedsbetrag in bar zu leisten hat. Dieser Meinung kann jedoch nicht gefolgt werden, denn sie unterstellt dem Einleger eine Willenserklärung, welche dieser nicht abgegeben hat[3]. Die Leistung des Differenzbetrages vor Eintragung der Gesellschaft ist auch nicht aus aktienrechtlichen Gesichtspunkten notwendig, denn weder besteht bereits das Gesellschaftskapital noch bestehen Gläubigerinteressen, deren Schutz es gewährleisten soll[4].

dd) Neben der Haftung des Einlegers ist auch eine umfangreiche allgemeine Werthaftung im Aktiengesetz geregelt worden. Gemäß § 46 Abs.1 AktG haften die Gründer gesamtschuldnerisch für die Richtigkeit der Angaben, welche sie im Gründungsbericht über Sacheinlagen machen. Ihrem Inhalt nach bedeutet diese Haftung eine Gewährleistung dafür, daß das Grundkapital der Gesellschaft entsprechend den Angaben aufgebracht wird[5]. Jedoch ist gemäß § 46 Abs.3 AktG Verschulden der Gründer erforderlich.

---

1) Herbig in DNotZ 1936 S.332 ff; Meyer-Landrut in Großkomm. 3.Aufl. § 9 Anm.5; Schlegelberger-Quassowski § 9 Anm.6; Baumbach-Hueck § 9 Rdn.2; unklar Godin-Wilhelmi § 9 Anm.3; mit Einschränkung Lutter S.280

2) Vgl. Boesebeck in DR 1939 S.434 ff. und ihm folgend BGHZ 29,300

3) Anders dort, wo von der Zusage mangelfreier Sacheinlagen in Höhe des Aktiennennbetrages auf eine Deckungszusage geschlossen werden kann, vgl. hierzu Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 27 Anm.20; Godin-Wilhelmi § 27 Anm.5

4) Vgl. auch Lutter S.280 FN.287, S.281 ff

5) Godin-Wilhelmi § 46 Anm.2; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 46 Anm.8

Unabhängig davon, ob die Angaben im Gründungsbericht unrichtig oder unvollständig sind, haften die Gründer gemäß § 46 Abs.2 AktG gesamtschuldnerisch, wenn die Gesellschaft von einem ihrer Gründer vorsätzlich oder grob fahrlässig durch Sacheinlagen geschädigt wurde. Die Haftung erstreckt sich im Falle der Leistung überbewerteter Sacheinlagen dem Umfang nach auf den Differenzbetrag[1].

Die Gründungsprüfer haften der Gesellschaft gegenüber nach den §§ 49 i.V. m. 168 AktG für jede schuldhafte Verletzung ihrer Pflicht zu einer gewissenhaften und unparteiischen Prüfung. Die Haftung umfaßt daher auch den Schaden, welcher der Gesellschaft durch eine Überbewertung von Sacheinlagen durch die Gründungsprüfer entsteht. Kam eine solche jedoch nur fahrlässigerweise zustande, so beschränkt sich die Haftung auf 500.000 DM.

Endlich haften die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates nach den §§ 48 i.V.m. 93, 116 AktG für den Schaden, welcher der Gesellschaft entsteht, wenn bei ihrer Stellungnahme zum Wert von Sacheinlagen im Gründungsbericht nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet wurde.

Die auf Grund der Überbewertung entstandenen Ansprüche können nur von der Gesellschaft selbst geltend gemacht werden. Fürdie allgemeine Werthaftung ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut der einzelnen Vorschriften. Eine besondere Regelung gilt jedoch für die Haftung der Vorstands- und der Aufsichtsratsmitglieder. Hier kann der Ersatzanspruch nicht nur von der Gesellschaft, sondern gemäß § 93 Abs.5 AktG auch von ihren Gläubigern geltend gemacht werden, allerdings nur, wenn und soweit diese von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Gleichwohl handelt es sich jedoch um einen Anspruch der Gesellschaft.
Der Anspruch gegen den Einleger auf Zahlung des Differenzbetrages kann dagegen nicht von Dritten geltend gemacht werden, da die Verpflichtung zur Leistung der Einlage nur der Gesellschaft gegenüber besteht[2].

---

1) Barz a.a.O. Anm.14; Godin-Wilhelmi a.a.O. Anm.16; Baubach-Hueck § 46 Rdn.6

2) Vgl. auch oben S.85

ee) Umgehungen des Grundsatzes der Gleichwertigkeit von Sacheinlage und Aktiennennwert durch vor oder bei der Gründung vereinbarten entgeltlichen Erwerb überbewerteter Gegenstände (sog. Sachübernahme) und nachherigem Aufrechnen der Kaufpreisschuld mit der Einlageschuld des Veräußerers sind in deutschem Recht schwerlich möglich. Die Erscheinungsform der Sachübernahme ist in § 27 AktG ausdrücklich geregelt. Es müssen hierbei nach den §§ 32, 33 Abs.1 und 2 i.V.m. 34 Abs.1 Nr.2, 38 Abs.2 AktG die gleichen Prüfungen der Angemessenheit des Wertes und des Kaufpreises vorgenommen werden, wie dies bei der Leistung von Sacheinlagen erforderlich ist. Ebenso kann aus den §§ 46 ff AktG eine Haftung für Gründer, Vorstand, Aufsichtsrat sowie Gründungsprüfer entstehen.

Die Umgehung der Schutzvorschriften für die Sachgründung dadurch, daß eine Bargründung vorgenommen wird, nach Eintragung der Gesellschaft jedoch die überbewerteten Gegenstände durch Kauf erworben werden (sog. Nachgründung) ist ebenfalls durch Schutzbestimmungen erschwert. Gemäß § 52 AktG unterliegen Verträge, nach denen die Gesellschaft Anlagen oder Vermögensgegenstände für eine Vergütung von mehr als 10 % des Grundkapitals erwerben soll, der gleichen Kontrolle wie Verträge über Sacheinlagen und -übernahmen. Außerdem bedürfen sie der mit qualifizierter Mehrheit zustandegekommenen Zustimmung der Hauptversammlung. Dies gilt jedoch nur für Verträge, die in den ersten zwei Jahren seit Eintragung der Gesellschaft geschlossen werden.

Aber auch auf Nachgründungen, die nicht mehr unter § 52 AktG fallen, wirken sich noch Schutzbestimmungen aus. So kann das Registergericht gemäß § 38 Abs.2 AktG die Eintragung der Gesellschaft ablehnen, wenn es auf Grund seiner Prüfung zu der Überzeugung gekommen ist, daß feste, wenn auch nicht rechtsverbindliche Abmachungen über Sacheinlagen getroffen wurden, die mit großer Wahrscheinlichkeit eingehalten werden[1]. Fand eine solche Umgehung dennoch statt, so haften gemäß § 46 Abs.1,3 AktG alle hieran beteiligten Gründer, gemäß § 48 AktG diejenigen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, welche den Vorgang kannten oder kennen mußten. Des weiteren haften die Vorstandsmitglieder sowie die Aufsichtsratsmitglieder gemäß §§ 93,116 AktG wegen Pflichtverletzung

---

1) Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 27 Anm.29; Schlegelberger-Quassowski § 31 Anm.10; a.A. Mann (Sachbegründung) S.75 ff; Heim in ZHR 108, 215

bei der Geschäftsführung, und endlich sind Aktionäre, die durch ihren Einfluß auf die Gesellschaft die Nachgründung unter Umgehung der Sicherheitsvorschriften für Sacheinlagen erreichten, der Gesellschaft sowie jedem geschädigten Aktionär gemäß § 117 AktG ersatzpflichtig.

3. Sacheinlagen und Publizität

Die bei der Leistung von Sacheinlagen für die übrigen Aktionäre sowie für die Gesellschaftsgläubiger auftretenden Gefahren, insbesondere im Zusammenhang mit der Überbewertung von Einlagegegenständen können nicht nur durch Überprüfung der einzelnen Vorgänge, sondern auch durch besondere Publizitätsvorschriften gebannt oder zumindest eingeengt werden. Hierdurch werden Aktionäre und Gläubiger in die Lage versetzt, sich genau über die Vermögenslage der Gesellschaft zu informieren.

a)aa) Wird in England die Leistung von Sacheinlagen vereinbart, so ist gemäß s.52 Comp.Act 1948 innerhalb eines Monats nach Zuteilung der Aktien der Registerbehörde ein schriftlicher Vertrag über die Vereinbarung der Leistung von Sacheinlagen vorzulegen. Des weiteren sind Angaben zu machen über die Anzahl und den Nennwert der zugeteilten Aktien, über den Betrag, bis zu welchem die Aktien als bezahlt anzusehen sind, sowie über den Einlagegegenstand. Wurde die Vereinbarung mündlich getroffen, so sind genaue Angaben über ihren Inhalt zu machen. Alle der Registerbehörde zugeleiteten Dokumente können gemäß s.426 (1) Comp.Act 1948 von jedermann eingesehen werden.

bb) Umfangreiche Angaben, welche Aufschluß über Sacheinlagen und Sachübernahmen geben, sind außerdem gemäß s.38 (1) i.V. 4th Schedule Comp.Act 1948 in den die öffentliche Aktienausgabe begleitenden Prospekten zu veröffentlichen[1]:
So sind auch hier Anzahl und Nennwert der für Sacheinlagen ausgegebenen Aktien sowie die zu leistende Einlage zu bezeichnen. Dies gilt jedoch nur für Aktien, die in den beiden der Veröffentlichung des Prospektes vorausgegangenen Jahren ausgegeben wurden[2].

---

1) Auch hiervon ist eine Kopie der Registerbehörde zuzuleiten, s.41 Comp.Act 1948

2) Vgl. 4th Sch., paray. 8 Comp.Act 1948

Im Falle des entgeltlichen Erwerbes von Gegenstände sind der Gesamtkaufpreis, dessen Aufschlüsselung in Barleistung, Leistung durch Aktien oder durch Obligationen, und für den Fall, daß mehrere Verkäufer vorhanden sind, der Betrag und die Art des an jeden Verkäufer zu leistenden Kaufpreises anzugeben[1]. Geht ein Unternehmen auf die Gesellschaft über, so sind Angaben über dessen Gewinn und Verlust aus den vorhergegangenen fünf Jahren sowie über Vermögen und Verbindlichkeiten zu machen[2]. Darüber hinaus sind Details der innerhalb der letzten beiden Jahre abgeschlossenen Geschäfte anzugeben, wenn hierdurch Vermögensgegenstände betroffen wurden und ein Interesse eines Direktors oder Gründers hierbei bestand[3]. Sollen Vermögensgegenstände erst erworben werden und besteht ein Interesse eines Gründers hieran, so ist dies ebenfalls im Prospekt anzugeben[4]. Außerdem ist jeglicher Betrag, der einem Gründer während der letzten beiden Jahre bezahlt wurde, sowie die Gegenleistung des Gründers hierfür anzugeben[5].

Werden die erforderlichen Angaben nicht in den Prospekt aufgenommen oder werden falsche Angaben gemacht, so besteht eine ausgeprägte Prospekthaftung, allerdings nur den Aktionären gegenüber, welche hierdurch zum Zeichnen der Aktien verleitet wurden:

Werden in arglistiger oder fahrlässiger Weise falsche Angaben im Prospekt gemacht, so kann der Zeichner nach Common-Law-Grundsätzen auf Schadensersatz wegen 'deceit' oder 'negligence' gegen jene klagen, welche diese Angaben veranlaßt haben. Es können also insbesondere Gründer, Direktoren, aber auch die Gesellschaft als deren Geschäftsherr haften[6].

Daneben kann der Zeichner auch einen Schadensersatzanspruch aus s.43 Comp.Act 1948 gegen Gründer, Direktoren oder andere für die falschen Angaben verantwortliche Personen geltend machen. Gegen die Gesellschaft selbst kann sich jedoch der Anspruch aus s.43 Comp.Act 1948 nicht richten[7].

---

1) 4th Sch., paras.9 (1), 10
2) Vgl. 4th Sch., para.20
3) 4th Sch., para.9 (2) Comp.Act 1948
4) 4th Sch., para.16 Comp.Act 1948
5) 4th Sch., para.13 Comp.Act 1948
6) Vgl. Gower S.317 ff
7) Vgl. hierzu Pennington S.231; Gower S.332

Neben der Geltendmachung dieser Schadensersatzansprüche kann der Zeichner aber auch den Zeichnungsvertrag wegen 'misrepresentation' anfechten[1].

Wurden Angaben unterlassen, die im Prospekt erforderlich sind, so entsteht eine Haftung der Direktoren oder anderer für den Prospekt verantwortlicher Personen aus s.38 (1) i.V. (4) Comp.Act 1948. Dagegen ist jegliche Haftung der Gesellschaft ausgeschlossen. Ebenso kann der Zeichnungsvertrag nicht angefochten werden[2].

cc) Neben der Offenlegung im Prospekt wird Publizität hinsichtlich Sacheinlagen auch durch den gemäß s.157 Comp.Act 1948 erforderlichen jährlichen Bericht der Direktoren vor der Hauptversammlung erreicht. Fand in dem Geschäftsjahr, auf welches sich dieser Bericht bezieht, eine Ausgabe von Aktien statt, so ist gemäß s.16 (1) (b) Comp.Act 1967 die von der Gesellschaft empfangene Gegenleistung anzugeben.

b)aa) Im deutschen Recht müssen, wenn Sacheinlagen geleistet werden oder Sachübernahmen stattfinden sollen, der zu leistende Gegenstand, die Person, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, der Nennbetrag der zu leistenden Aktien oder die bei Sachübernahme zu gewährende Vergütung in der Satzung festgestellt werden, § 27 AktG.

bb) Wird die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, so sind gemäß § 37 Abs.2 AktG der Anmeldung die Satzung, etwaige Verträge über Sacheinlagen und -übernahmen sowie die Prüfungsberichte der Gründer, der Gründungsprüfer sowie des Vorstandes und Aufsichtsrates beizufügen. Diese dem Registergericht zugegangenen Unterlagen können von jedermann eingesehen werden, §§ 9 HGB, 34 Abs.3 AktG.

cc) Ist die Gesellschaft eingetragen worden, so hat das Registergericht gemäß § 40 AktG neben dem Inhalt der Eintragung den Gegenstand der Sacheinlage oder -übernahme, den Namen des den Gegenstand Leistenden sowie den Ausgabebetrag der für die Sacheinlage gewährten Aktien bekanntzumachen. Daneben ist bekanntzugeben, daß die mit der Anmeldung eingereichten Prüfungsberichte beim Registergericht, der Prüfungsbericht der Gründungsprüfer auch bei der Industrie- und Handelskammer eingesehen werden können, § 40 Abs.2 AktG.

---

1) Redgrave v. Hurd (1881), 1 Ch.14; Aaron's Reefs v. Twiss (1896) A.C.273

2) Re South of England Natural Gas Co. (1911) 1 Ch.573

4. Vergleich

Der Schutz von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern wird bei der Leistung von Sacheinlagen einmal durch den Grundsatz der objektiven Gleichwertigkeit von Einlage und Aktiennennwert und zweitens durch Offenlegung der Vorgänge bei der Einbringung von Sachen in die Gesellschaft gewährleistet. Die deutsche und die englische Rechtsordnung betonen dabei je eines dieser Prinzipien.

Im deutschen Recht besteht die Verpflichtung zu objektiver Wertfestsetzung von Sacheinlagen, wodurch gewährleistet ist, daß die Gesellschaft mit den geleisteten Sacheinlagen Vermögen erhält, das im Wert höchstens unwesentlich hinter ihrer Kapitalziffer zurückbleibt. Die objektive Wertfestsetzung wird durch verschiedene Pflichtbewertungen gesichert. Insbesondere wird der Wert der Sacheinlagen durch unabhängige vom Gericht zu bestellende Sachverständige und u.U. vom Registergericht selbst geprüft.

Im England dagegen besteht der Grundsatz der freien, nicht unbedingt objektiv richtigen Wertfestsetzung. Danach ist jede Überbewertung von Sacheinlagen möglich. Unzulässig sind allenfalls Extremfälle wie offensichtliche Wertungleichheit, betrügerische oder bösgläubige Bewertung, wenn der Einlagegegenstand nur einen fiktiven Wert hat. Diese Regelung widerspricht jedoch dem Prinzip der Kapitalaufbringung[1] und stellt faktisch, wenn auch nicht rechtlich, eine Mißachtung des Verbotes der Unterpari-Emission dar.
Dagegen wird der Schutz der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger auf die Publizitätsvorschriften gestützt, welche bei der Leistung von Sacheinlagen oder dem entgeltlichen Erwerb von Gegenständen durch die Gesellschaft gelten. Hierdurch wird eine Überbewertung nicht vermieden, sondern nur offengelegt. Im übrigen vertraut man auf die Einsicht und Vernunft der Öffentlichkeit, von der man glaubt, daß sie sich auf Grund der Informationen ein Bild von der finanziellen Situation der Gesellschaft machen kann. Aber dieses Schutzprinzip ist zweifellos weniger effektiv als eine reale Kapitalaufbringung, die durch objektive Wertfeststellung der zu leistenden Einlagen gesichert wird. Ausserdem schafft die Ausgestaltung der englischen Publizitätsvorschriften

---

1) So auch Gower S.107, 123; Pennington S.138, 142

keinen wirksamen Schutz. Hierdurch werden nämlich in erster Linie Anleger und Aktionäre geschützt, da sich die Offenlegungspflicht hauptsächlich auf den Prospekt bezieht, mit dem sich die Gesellschaft an Anleger wendet. Gesellschaftsgläubiger erhalten aber dadurch nur minimalen Schutz. Selbst für Aktionäre und Anleger ist die Information aber nicht umfangreich genug, um einen ausreichenden Schutz zu gewährleisten[1]. So läßt sich sagen, daß die Publizitätsvorschriften des deutschen Aktienrechtes, obwohl sie neben dem Grundsatz der objektiven Wertgleichheit von Einlage und Aktiennennwert nur eine Hilfsstellung als Aktionärs- und Gläubigerschutz haben, keineswegs weniger effektiv sind als das englische Offenlegungsprinzip.

C. Die Fälligkeit der Einlageverpflichtung

Der Zeitpunkt der Fälligkeit der Einlageverpflichtung ist im Hinblick auf die Kapitalaufbringung in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Einmal entscheidet sich hiernach, wann die Gesellschaft die zum Aufbau und Betrieb ihres Unternehmens erforderlichen Mittel erhält. Hier steht die Funktion des Kapitals als Betriebskapital im Vordergrund. Weiterhin werden die Gefahren, die dem Kapital und damit den Gesellschaftsgläubigern aus den persönlichen Insolvenzen der Aktionäre drohen, mit Leistung der Einlage beseitigt. Hierauf kann die Bestimmung des Zeitpunktes der Fälligkeit der Einlageverpflichtung entscheidenden Einfluß nehmen.

I.1. Im englischen Recht wird die Fälligkeit von Bareinlagen zum Teil durch das Gesetz, zum Teil durch die 'articles of association' der einzelnen Gesellschaften geregelt:

Sofortige Fälligkeit gilt für die anfängliche Mindesteinzahlung. Gemäß s.47 (1) (3) Comp.Act 1948 ist bei einer öffentlichen Aktienausgabe der anfängliche Einzahlungsbetrag von wenigstens 5 % des Nennwertes der gezeichneten Aktien bei der Zeichnung zu bezahlen[2]. Bei denjenigen Aktien, welche die 'minimum subscription' ausmachen, ist die sofortige Mindest-

---

1) So auch Pennington S.142 FN.(f)

2) Werden jedoch alle Aktien von den Gründern übernommen, so ist weder eine Mindesteinzahlung noch deren Fälligkeit gesetzlich vorgeschrieben, vgl. s.48 Comp.Act 1948

einzahlung Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit, s.1 9 Comp.Act 1948[1].

Hinsichtlich der restlichen Bareinlagen ist im Gesetz kein Zeitpunkt bestimmt, bis zu welchem die Zahlungen erfolgt sein müssen. Die Fälligkeit wird im allgemeinen durch die 'articles of association' der einzelnen Gesellschaften geregelt[2]. Diese ermächtigen die Direktoren, die Fälligkeit durch eine Aufforderung zur Leistung ('call')[3] zu begründen[4]. Oft dürfen entsprechend den Regelungen der 'articles' keine Aufforderungen über mehr als ein Viertel des Nennbetrages der Aktien an die Aktionäre gerichtet werden, und die aufgeforderten Einlagen sind frühestens einen Monat nach der vorausgegangenen Aufforderung zahlbar. Die Nichtbeachtung solcher Einschränkungen führt zur Unwirksamkeit der Aufforderung und begründet keine Fälligkeit[5].

2. Die Fälligkeit von Sacheinlagen wird im englischen Recht weder gesetzlich noch durch die 'articles of association' geregelt. Hieraus kann geschlossen werden, daß die Fälligkeit dieser Einlagen willkürlich bestimmt werden kann. Dies wird der Natur der Sacheinlage auch am ehesten gerecht.

3. Gemäß s.60 Comp.Act 1948 kann die Fälligkeit der Leistung bis zur Liquidation der Gesellschaft aufgeschoben werden, wenn dies durch einen Sonderbeschluß der Hauptversammlung bestimmt wird. Eine Aufforderung zur Leistung des 'uncalled capital' darf dann nur im Fall und zu dem Zweck der Liquidation an die Aktionäre ergehen. Auf diese Weise soll den Gesellschaftsgläubigern der Teil des Gesellschaftskapitals als "Garantiefond" erhalten bleiben, den die Gesellschaft nicht als Betriebskapital benötigt[6].

---

1) Vgl. hierzu im einzelnen oben S.28

2) Vgl. auch 1st Sch., Table A, art.15-21 Comp.Act 1948; enthalten die 'articles' keine Regelung und sind die subsidiär geltenden Vorschriften des Companies Act 1948 gemäß s.8 (2) Comp.Act 1948 ausgeschlossen, so tritt die Fälligkeit auf Beschluß der Hauptversammlung ein, vgl. Pennington S.252

3) Wurde bei Zeichnung der Aktien aber Ratenzahlung vereinbart, so tritt die Fälligkeit der Rate an dem bestimmten Termin ohne weiteres ein.

4) Die Leistung der Einlage ist aber auch schon vor dem Aufruf möglich, vgl. oben S.68 ff

5) Vgl. Plamer S.314 ff

6) Vgl. hierzu oben S.7

Die Zulässigkeit einer nachträglichen Stundung wird in der englischen Literatur nicht erörtert. Jedoch dürfte sich hier die Unzulässigkeit aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Aktionäre ergeben. Dieser Grundsatz gilt nämlich auch für die Begründung der Einlageverpflichtung durch den Aufruf. S.59 (a) Comp.Act 1948 läßt eine Ungleichbehandlung der Aktionäre hinsichtlich des Termins des Aufrufes zur Leistung nur zu, wenn dies in den 'articles of association'[1] festgestellt und bei Zeichnung zwischen Aktionär und Gesellschaft vereinbart wurde. Selbst bei Vorliegen dieser Voraussetzungen müssen jedoch bei einem Aufruf, der nur an einzelne Aktionäre gerichtet ist, Differenzierungsgründe vorliegen[2]. Dieser stark ausgeprägte Gleichheitsgrundsatz hinsichtlich der Leistungszeit müßte daher auch bei der Stundung Anwendung finden.

In der Praxis spielt die Begründung der Fälligkeit durch Aufforderung ebenso wie der Aufschub der Fälligkeit bis zur Liquidation keine allzu bedeutende Rolle mehr. Das Herabsinken des Nennbetrages hat es mit sich gebracht, daß die Aktien gewöhnlich bereits bei Abschluß des Zeichnungsvertrages voll zu bezahlen sind.

II.1. Im deutschen Recht müssen gemäß § 36 Abs.2 AktG wenigstens 25 % der Bareinlage sowie etwaiges Aufgeld vor Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister geleistet werden. Das Registergericht hat dies gemäß §§ 37 Abs.1, 38 AktG zu überprüfen[3].
Für die Leistung der restlichen Bareinlagen ist kein Zeitpunkt der Fälligkeit im Gesetz vorgeschrieben[4]. Vielmehr wird die Fälligkeit durch die Aufforderung der Aktionäre zur Leistung vom Vorstand begründet[5].

2. Auch im deutschen Recht ist die Fälligkeit von Sacheinlagen nicht gesetzlich geregelt. Die anfängliche Mindestleistung von einem Viertel

---

1) Vgl. 1st Sch., Table A, para.20 Comp.Act 1948

2) Galloway v. Hallé Concerts Society (1915) 2 Ch.233

3) Vgl. hierzu oben S.29

4) Nach § 182 Abs.4 AktG sollen jedoch alle Einlageverpflichtungen voll erfüllt sein, bevor die Kapitalerhöhung beschlossen wird.

5) Aufforderung ist auch dann notwendig, wenn die Satzung einen bestimmten Zeitpunkt für die restlichen Zahlungen bestimmt hat, vgl. Baumbach-Hueck § 63 Rdn.8; Brodmann § 218 Anm.2; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 63 Anm.3; a.A. Ritter § 57 Anm.3

der Einlage bezieht sich nicht auf Sacheinlagen, § 3 Abs.2 Satz 1 AktG. Die Fälligkeit von Sachleistungen kann daher willkürlich bestimmt werden.

3. Die nachträgliche Stundung einer bereits fälligen Einlageforderung ist unzulässig. Hier hat die Gesellschaft durch die Fälligstellung der Einlageverpflichtung ihr Interesse an der Erfüllung zum festgesetzten Zeitpunkt bekundet. Eine nachträgliche Stundung steht diesem Interesse daher entgegen und verstößt als "Befreiung auf Zeit" gegen das Erlaßverbot des § 66 AktG[1].

III. Auch bei der Regelung der Fälligkeit wird die unterschiedliche Auffassung des englischen und des deutschen Rechtes hinsichtlich der Kapitalaufbringung sichtbar. Beiden Rechten ist die sofortige Fälligkeit einer prozentualen Mindestleistung bekannt. Da im englischen Recht aber die Höhe der Mindesteinzahlungen wegen der niedrigen gesetzlichen Anforderung praktisch im Ermessen der Gründer bzw. Direktoren steht, kann die Gesellschaft den Umfang der sofort fälligen Leistung nach dem Ausmaß des sogleich benötigten Betriebskapitals ausrichten. Die Sofortleistung eines Viertels des Aktiennennbetrages im deutschen Recht beraubt die Gesellschaft dieser Flexibilität, stellt aber andererseits, wenn man das Erfordernis des Mindestkapitals berücksichtigt, sofort verfügbare Mittel in Höhe von 25 000 DM sicher[2].

Die zweite Auswirkung des gesetzlich niedrig gehaltenen Umfanges der Sofortleistung im englischen Recht ist eine erheblich leichtere Kapitalbeschaffung für die Gesellschaft, da sich schneller Zeichner finden, wenn nur ein geringer Teil der Einlage sofort zu leisten ist. Bei der deutschen Regelung der sofortigen Leistung eines Viertels der Einlagen ist dagegen der Erfolg der Kapitalbeschaffung nicht so gut gesichert, und es ist eher möglich, daß der Gesellschaft gerade im kritischen Anfangsstadium nur schwer und langsam Mittel zufließen.

---

1) Vgl. auch Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 66 Anm.6; Godin-Wilhelmi § 66 Anm.4; a.A. Lutter S.173 FN.15, der das Stundungsverbot mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre begründet.

2) Vgl. auch oben S.30

Andererseits hat die deutsche Regelung den Vorteil, daß sich bei dem beträchtlich höheren Umfang der Sofortleistung die Gefahren verringern, welche aus später möglichen persönlichen Insolvenzen der Aktionäre für das Kapital und damit für die Gesellschaftsgläubiger ergeben. Allzu beträchtlich ist dieser Vorteil gegenüber der englischen Regelung jedoch nicht, denn die englischen Gesellschaften können sich gegen später auftretende Insolvenzen der Aktionäre ebenso durch Kaduzierung schützen wie deutsche Gesellschaften[1].

Hinsichtlich der restlichen Bareinlagen bestehen nach beiden Rechten keine längsten Fristen, innerhalb derer die Leistung zu erfolgen hat. Die Fälligstellung liegt im Belieben der Gesellschaft. Jedoch besteht im deutschen Recht das Verbot der Kapitalerhöhung, solange noch ausstehende Einlagen erlangt werden können. Hiermit wird die Gesellschaft angehalten, zunächst noch nicht aufgerufene und rückständige Einlagen einzufordern. Im englischen Recht ist eine solche Regelung schon wegen der Institution des 'reserve capital', das erst bei der Liquidation eingefordert zu werden braucht, nicht möglich. In der Praxis wird jedoch häufig bereits bei Abschluß des Zeichnungsvertrages volle Zahlung auf die Aktie geleistet.

Nachträgliche Stundung bereits fälliger Einlagen dürfte jedoch auch im englischen Recht unzulässig sein. Dort kommt allerdings als Grund hierfür nur der Gleichbehandlungsgrundsatz der Aktionäre in Betracht, während die h.M. im deutschen Recht auch hier mit dem Grundsatz der Kapitalaufbringung argumentiert.

D. Die Sicherung der Leistung

Kommen die Gesellschafter ihrer Leistungspflicht nicht nach, so hat die Gesellschaft die Möglichkeit, nach den allgemeinen Regelungen die Leistung der Einlage zu erzwingen. Dieser Weg ist jedoch oft langwierig und schwer. Es sind daher Vorschriften geschaffen worden, die der Gesellschaft zügigere Verfahren zur Durchsetzung des Anspruches auf Zahlung der Einlagen garantieren und damit der Sicherung der Kapitalaufbringung dienen.

---

1) Vgl. hierzu unten S.120 ff

I.1. Nach englischem Recht kann die Gesellschaft sich an der Aktie ihres Gesellschafters ein Pfandrecht ('lien') zur Sicherung ihres Anspruches auf Leistung der Einlagen für diese Aktie bestellen. Dies geschieht, indem die Gesellschaft in den 'articles' ein solches Recht vorsieht[1]. Das Pfandrecht besteht nicht nur an der Aktie selbst, sondern auch an allen Dividenden, welche auf Grund der Aktie zu leisten sind, sowie an dem in der Liquidation dem Gesellschafter zustehenden Vermögen[2]. 'Liens' können auch an bereits voll bezahlten Aktien bestellt werden. In diesem Fall sichern sie die Zahlung der Einlage anderer Aktien[3].

Die bei der mehrfachen Bestellung von Sicherungsrechten an einem Gegenstand auftauchende Frage nach der Priorität löst sich hier zugunsten der Gesellschaft. Das 'lien' als 'equitable right'[4] entsteht gleichzeitig mit der zu sichernden Schuld. Die Zahlungsverpflichtung des Gesellschafters entsteht aber bei der Aktienausgabe, wenn auch die Zahlungen erst mit dem Aufruf fällig werden. Andere Sicherungsrechte können daher erst später an der Aktie entstehen[5].

Die Gesellschaft kann ihr Pfandrecht an der Aktie durch freihändigen Verkauf im Namen des Gesellschafters verwerten, wenn dieser mit seiner Einlageverpflichtung in Verzug gerät[6]. Aus dem Verkaufserlös kann die Gesellschaft sich befriedigen, während der die Schuld des Aktionärs übersteigende Teil des Erlöses an den Gesellschafter auszubezahlen ist[7].

2. Eine weitere Möglichkeit, die Kapitalaufbringung bei Leistungsverzug des Einlageschuldners zu sichern, besteht darin, den Gesellschafter auszuschließen ('forfeiture of shares'). Da über einen solchen Ausschluß durch die Gesellschaft keine gesetzlichen Vorschriften bestehen, ist

---

1) Vgl. 1st Sch., Table A, para.11 Comp.Act 1948

2) Re General Exchange Bank (1871) 6 Ch.App.818

3) Dies ist jedoch bei Aktien, die an der Börse notiert werden, unzulässig, vgl. Rules of the Stock Exchange, Sch.VII, Pt.A, para.109

4) Vgl. Bradford Banking Co. v. Briggs (1886) 12 App.Cas.29; Mackereth v. Wigan Coal and Iron Co. (1916) 2 Ch.293; Gower S.409; Pennington S.320

5) Vgl. Gower S.410

6) Vgl. 1st Sch., Table A, paras.12,13 Comp.Act 1948

7) Vgl. 1st Sch., Table A, para.14

die Aufnahme dieser Regelung in die 'articles'[1] Voraussetzung der Wirksamkeit[2]. Im allgemeinen ist vor Ausschluß eine Androhung dieser Maßnahme an den säumigen Aktionär erforderlich[3]. Erst wenn die Androhung erfolglos war, kann der Ausschluß des Gesellschafters von den Direktoren beschlossen werden[4]. Eine solche Beschlußfassung steht jedoch im Ermessen der Direktoren[5].

Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist, daß der Aktionär aufhört, Gesellschafter zu sein[6]. Er verliert damit sämtliche Rechte eines Gesellschafters, ist aber andererseits nicht mehr verpflichtet, die restliche Einlage auf die Aktie zu leisten. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob er zur Zahlung bereits aufgerufen war oder nicht[7]. Eine Haftung besteht jedoch als Altaktionär in der Liquidation[8].
Die 'articles' verschärfen die Rechtsfolgen eines Ausschlusses jedoch häufig durch eine Klausel, wonach der ausgeschlossene Gesellschafter zur Zahlung derjenigen Einlagen verpflichtet bleibt, welche zum Zeitpunkt des Ausschlusses bereits fällig waren[9]. Hinsichtlich dieser Leistungspflicht ist der ausgeschlossene Gesellschafter nun jedoch gewöhnlicher Schuldner[10].

Im allgemeinen sehen die 'articles' den Verkauf der Aktie durch die Gesellschaft vor[11]. Diese ist bei der Festsetzung des Kaufpreises in keiner Weise beschränkt[12], jedoch ist der Käufer der Aktie in jedem

---

1) Vgl. 1st Sch., Table A, paras. 33 ff
2) Clarke v. Hart (1858) 6 H.L.C.633
3) Vgl. 1st Sch., Table A, para.34
4) Vgl. 1st Sch., Table A, para.35
5) Brigg's Case (1865) L.R.1 Eq.309
6) Vgl. 1st Sch., Table A, para.37
7) Re Blakely Ordnance Co., Stocken's Case (1886) 3 Ch.App.412
8) Creyke's Case (1869) L.R.5 Ch.62
9) Vgl. 1st Sch., Table A, para.37 Comp.Act 1948
10) Vgl. Palmer S.325
11) Vgl. 1st Sch., Table A, para.36 Comp.Act 1948
12) Morrison v. Trustees, Executors, etc. Corpn. (1898) 68 L.J.Ch.11

Fall zur Leistung des bei Ausschluß des vorhergehen an Gesellschafters noch nicht bezahlten Teiles der Einlage verpflichtet[1]. Leistet der ausgeschlossene Gesellschafter aber auf Grund der in die 'articles' aufgenommenen Sonderverpflichtung noch Zahlungen an die Gesellschaft, so gilt dieser Betrag zugunsten des Erwerbers als auf die Aktie bezahlt[2]. Leistet dagegen der Erwerber Zahlungen, welche schon für den ausgeschlossenen Gesellschafter fällig waren, so haftet jener nicht mehr für den bezahlten Betrag[3].

3. Der Ausschluß eines Gesellschafters kann auch dadurch bewirkt werden, daß die Direktoren einen dahingehenden Antrag des Gesellschafters, welcher an sie gerichtet ist, annehmen (sog. 'surrender of shares'). Erforderlich ist aber einmal, daß diese Möglichkeit in die 'articles' aufgenommen wurde[4], und weiterhin, daß die Voraussetzungen zu einem 'forfeiture' vorliegen, so daß mit der Vornahme des 'surrender' lediglich die Formalitäten des 'forfeiture' vermieden werden[5].

4. Ob die genannten Ausschlußmöglichkeiten auch dann zur Anwendung kommen können, wenn der Aktionär mit der Leistung einer Sacheinlage in Verzug gerät, bleibt unklar. Diese Praxis scheint in England jedenfalls nicht vorzukommen. Auch die Literatur und die Rechtsprechung haben sich mit diesem Problem bisher nicht beschäftigt.

II. Auch im deutschen Recht ist der Ausschluß des säumigen Aktionärs (sog. Kaduzierung) möglich[6]. Das Verfahren ist in den §§ 64 und 65 AktG geregelt. Bevor ein Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, ist ihm eine Nachfrist zur Leistung zu setzen, verbunden mit einer

---

1) New Balkis Eersteling, Ltd. v. Randt Gold Mining Co., (1904) A.C.165

2) Re Randt Gold Mining Co., (1904) 2 Ch.468

3) Re Bolton, Ex parte North British Artificial Silk, Ltd. (1930) 2 Ch.48

4) 1st Sch., Table A Comp.Act 1948 enthält keine deratigen Regelungen.

5) Trevor v. Whitworth (1887) 12 App. Cas.409,429

6) Die Kaduzierung wegen rückständiger Sacheinlageverpflichtung ist jedoch nach h.M., wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, unzulässig, vgl. Godin-Wilhelmi § 64 Anm.3; Schlegelberger-Quassowski § 58 Anm.1; Baumbach-Hueck § 64 Rdn.2; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 64 Anm.2;a.A. Ritter § 58 Anm.2

Androhung des Ausschlusses, § 64 Abs.1 AktG[1]. Die Nachfrist ist dreimal in den Gesellschaftsblättern anzukündigen, § 64 Abs.2 Satz 1 AktG. Läßt der Gesellschafter die Nachfrist verstreichen, so kann die Gesellschaft den Ausschluß erklären[2]. Dies geschieht dadurch, daß der Aktionär durch Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern seiner Aktie sowie der geleisteten Einlagen für verlustig erklärt wird, § 64 Abs.3 Satz 1 AktG.

Auf Grund des Ausschlusses besteht für den säumigen Aktionär keine Einlageverpflichtung mehr. Auch nicht für die rückständigen Einlagen[3]. Da er so behandelt wird, als sei er nie Aktionär gewesen, ist der Ausgeschlossene auch nicht Altaktionär[4]. Jedoch ist er für einen Ausfall schadensersatzpflichtig, den die Gesellschaft durch das Kaduzierungsverfahren erleidet, § 64 Abs.4 Satz 2 AktG.

Mit dem Ausschluß des säumigen Aktionärs gemäß § 64 AktG erhält die Gesellschaft ein Verwertungsrecht an der kaduzierten Aktie. Gemäß § 65 AktG hat sie die Vormänner des ausgeschlossenen Aktionärs im Stufenverfahren zur Zahlung des rückständigen Betrages aufzufordern[5]. Der Zahlende erhält alle Mitgliedsrechte und -pflichten so, wie sie bei Zahlung bestanden[6]. Ist von den Vormännern Zahlung nicht zu erlangen, so hat die Gesellschaft die Aktie zum Börsenkurs, und wenn ein solcher fehlt, durch öffentliche Versteigerung zu veräußern, § 65 Abs.3 AktG.

---

1) Eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nicht, vgl. Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 64 Anm.5; Godin-Wilhelmi § 64 Anm.5; Baumbach-Hueck § 64 Rdn.3; a.A. Brodmann § 219 Anm.3; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 219 Anm.4

2) Auch hierzu besteht keine Verpflichtung; vgl. Godin-Wilhelmi § 64 Anm.8; Baumbach-Hueck § 64 Rdn.5

3) Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 64 Anm.14; a.A. Ritter § 59 Anm.3 c

4) Vgl. Lutter S.146 FN.176

5) Vgl. hierzu oben S.84

6) Godin-Wilhelmi § 65 Anm.7; Baumbach-Hueck § 65 Rdn.5; Barz in Großkomm. 3.Aufl. § 65 Anm.11

III. Ein Vergleich ergibt, daß sowohl in England als auch in Deutschland Möglichkeiten zur Sicherung der Kapitalaufbringung bei Leistungsstörungen der Gesellschafter bekannt sind. Diese beruhen im Prinzip darauf, an die Stelle des säumigen Aktionärs einen neuen solventen Gesellschafter zu setzen.

Das englische Recht ist hinsichtlich des Ausschlusses des säumigen Aktionärs variationsreicher, indem es einmal die Umgehung von Formalitäten gestattet, wenn neben der Gesellschaft auch der Gesellschafter seinen Ausschluß wünscht, und indem es außerdem den freihändigen Verkauf der Aktie in Verwertung eines Pfandrechtes der Gesellschaft ermöglicht. Das letztere erscheint jedoch überflüssig, da dieses Verfahren im Ergebnis nicht weitergehend oder sicherer ist als der Ausschluß des Gesellschafters[1].

Ein weiterer Unterschied ergibt sich dadurch, daß im deutschen Recht bei Verwertung der kaduzierten Aktie zunächst der Rückgriff auf die Vormänner erforderlich ist. Erst wenn der rückständige Betrag von diesen nicht zu erlangen ist, ist die Aktie zu veräußern. Im englischen Recht dagegen besteht zwischen dem Ausschluß des Gesellschafters und dem Rückgriff auf die Altaktionäre kein notwendiger Zusammenhang. Die deutsche Regelung bietet hier den Vorteil, daß der rückständige Betrag mit großer Wahrscheinlichkeit auch aufgebracht wird, wenn die Aktie bei Veräußerung keinen Käufer finden würde.

E. Der Erlaß der Einlageverpflichtung

Alle Vorschriften zur Sicherung der Kapitalgrundlage wären bedeutungslos, wenn eine Gesellschaft die Einlageverpflichtung erlassen oder auf die zu leistenden Einlagen verzichten würde. Sowohl im englischen wie auch im deutschen Recht ist der Erlaß der Einlageverpflichtung daher unzulässig.

Für das englische Recht wird dies aus s.212 (1) (d) Comp.Act 1948 gefolgert, wonach der Gesellschafter in der Liquidation in Höhe des noch nicht geleisteten Teils der Einlage haftet. Hat er daher nichts geleistet, so haftet er in Höhe des Nennbetrages der von ihm gezeichneten Aktien[2].

---

1) So auch Gower S.410

2) Vgl. Re Eddystone Marine Insurance Co. (1893) 3 Ch.D.18

Im deutschen Recht können gemäß § 66 AktG Aktionäre und ihre Vormänner nicht von ihren Leistungspflichten befreit werden. Ein trotzdem gewährter Erlaß ist nichtig, und der Gesellschafter bleibt weiterhin zur Leistung der Einlage verpflichtet[1].

---

1) Godin-Wilhelmi § 66 Anm.4

Schluß

§ 7 Zusammenfassung und Würdigung

Die vorliegenden Untersuchungen haben gezeigt, daß im deutschen und englischen Aktienrecht grundsätzlich verschiedene Ansichten über die Kapitalaufbringung herrschen.

A.I. Nach der Vorstellung des deutschen Aktienrechts muß die Gesellschaft auf einer gesicherten finanziellen Grundlage stehen. Diese soll einerseits gewährleisten, daß die Gesellschaft über genügend Geldmittel verfügt, um den Betrieb ihres Unternehmens beginnen und unterhalten zu können. Darüber hinaus soll aber insbesondere ein ausreichender Sicherungsrückhalt für die Gläubiger der Gesellschaft geschaffen werden als Ersatz für die beschränkte Haftung der Gesellschafter. In der Sicherstellung dieser beiden Gesichtspunkte sieht der Gesetzgeber einen wesentlichen Beitrag zu einem geordneten gesamtwirtschaftlichen Ablauf.

II. Als Mittel zur Erreichung einer soliden finanziellen Grundlage der Gesellschaft und zur Berücksichtigung der Gläubigerinteressen sind im deutschen Aktiengesetz straffe Regelungen geschaffen worden, die eine vollständige und reale Kapitalaufbringung sichern, wenn dadurch auch die Bewegungsfreiheit der Gesellschaft und die Flexibilität bei der Schaffung ihrer Kapitalbasis beschränkt werden und sich der Beginn ihrer Teilnahme am Wirtschaftsverkehr dadurch verzögern kann.

Da der Schutz der Gläubigerinteressen durch die Vorschriften über die Kapitalaufbringung allein nicht ausreichend gewährt ist, hat der Gesetzgeber darüber hinaus eine präventive Kontrolle geschaffen. Hierbei wird die Einhaltung der Erfordernisse der Kapitalaufbringung von Organen der Gesellschaft, von unabhängiger dritter Seite sowie vom Gericht geprüft. Da die Kontrolle mit dem System der konstitutiven Eintragung der AG verbunden ist, ist die Einhaltung der Regeln der Kapitalaufbringung von Beginn der Existenz der Gesellschaft an gewährleistet.

B.I. Im englischen Companies Act 1948 besteht der im Joint Stock Companies Act 1856 verwirklichte Grundsatz des Wirtschaftsliberalismus und des

'laissez faire'. Entsprechend diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber bei der Kapitalaufbringung dafür Sorge getragen, daß sich die Gründung einer Gesellschaft schnell und billig vollzieht und die Gesellschaft danach mit nahezu unbeschränktem Ermessensspielraum ihre Kapitalbasis nach eigenem Gutdünken gestaltet. Hierdurch wird der Gesellschaft optimale Ausnutzung des Kapitalmarktes und größte Flexibilität bei der Beschaffung von Kapital ermöglicht. In der freien Gestaltung der finanziellen Grundlage durch die Gesellschaft selbst wird das den Gesamtwirtschaftsablauf belebende Element gesehen[1].

Ein weiterer traditioneller Grundsatz im englischen Gesellschaftsrecht ist, daß die Angelegenheiten der Gesellschaft ausschließlich zum Nutzen ihrer Aktionäre ausgeführt werden[2]. Zwar wurde in Hutton v. West Cork[3] der Grundsatz festgelegt: "There are to be no cakes and ale except such as are required for the benefit of the company", und das Wohl der Gesellschaft ist von vielen Faktoren, so auch vom Verhalten der Gläubiger abhängig. Daher dient die Berücksichtigung der Gläubigerinteressen auch dem Wohle der Gesellschaft. Da aber im englischen Recht eine Richtlinie über die Verantwortlichkeit der Direktoren auch der Allgemeinheit gegenüber fehlt, wurde der Grundsatz in Hutton v. West Cork von den Direktoren ausschließlich zugunsten der Aktionäre ausgelegt. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger und deren Schutz werden als nicht gleichwertig betrachtet. Wer mit einer Gesellschaft in geschäftliche Verbindung tritt und von der beschränkten Haftung Kenntnis hat, soll es sich selbst zuzuschreiben haben, wenn er sich "die Finger verbrennt"[4].
Diese beiden Grundsätze wurden zwar durch spätere Rechtsprechung[5] und Gesetze eingeschränkt, sind aber dennoch im Companies Act 1948 von grundsätzlicher Bedeutung und werden auch in der Literatur vertreten[6].

---

1) Vgl. Palmer S.13

2) Vgl. Pennington S.138; Hadden S.298; Fogarty S.120

3) (1883) 23 Ch.D.654

4) Lord Brambell, der den Begriff "Limited" geschaffen hat, in Journal of the Institute of Bankers, 1888, Vol.9, S.373 ff

5) Vgl. insbes. Trevor v. Whitworth (1887) 12 App.Cas.409; Ooregum Gold Mining Co. v. Roper (1892) A.C.125

6) Vgl. etwa Pennington S.138

II. Für diejenigen Regelungen der Kapitalaufbringung, welche von der Funktion des Gesellschaftskapitals als Betriebskapital ausgehen, folgt aus den Grundsätzen des englischen Rechtes, daß sie nur soweit Anwendung finden, als es im augenblicklichen Interesse der Gesellschaft liegt. So sind zwar Mindestzeichnung und Mindesteinzahlung erforderlich, aber die Gesellschaft bestimmt selbst den Umfang der Mindestzeichnung ihres Kapitals, ebenso wie sie wegen des niedrigen Mindesteinzahlungsbetrages den Umfang der sofortigen Einzahlung praktisch selbst festlegen kann.

Weitere Folge ist, daß diejenigen Regelungen, welche die Kapitalaufbringung im Interesse der Aktionäre, insbesondere aber der Gläubiger zu sichern geeignet wären, zugunsten der Gesellschaft eingeengt oder durchbrochen werden. Am stärksten wirkt sich hier aus, daß kein Mindestgrundkapital festgelegt ist, welches vollständig oder zu einem überwiegenden Teil übernommen werden muß, weiterhin, daß die Gesellschaft entgegen dem Unterpari-Verbot Kommissionen für die Zeichnung von Aktien gewähren oder den Gegenstand einer Sacheinlage überbewerten kann. Das englische Recht stellt sich hier auf den Standpunkt, die Interessen der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger seien durch strenge Offenlegungspflicht der gesellschaftlichen Vorgänge geschützt[1]. Es vertraut dabei darauf, daß die Öffentlichkeit sich auf Grund der Informationsmöglichkeiten eine Vorstellung über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft bildet und diese zum Maßstab ihres Handelns macht.

C.I. Die Würdigung der grundsätzlichen Auffassung beider Rechtsordnungen führt zu dem Ergebnis, daß dem englischen Prinzip nicht gefolgt werden kann, wonach Gesellschaft und Aktionäre zu schützen sind, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger dagegen gar keine oder nur beschränkte Berücksichtigung benötigen[2]. Einmal ist nicht einzusehen, wieso Gesellschaftsgläubiger nicht die gleiche Berechtigung auf Schutz ihrer Interessen haben sollen wie die Gesellschaft und ihre Aktionäre. Die Beschränkung des Schutzes auf die Gesellschaft bedeutet eine einseitige Bevorzugung eines Vertragspartners. Darüber hinaus wird auch

---

1) Vgl. den Grundsatz des Cohen Committees Cmnd.6659, para.5; Jenkins Committee Cmnd.1749, para.13

2) Kritik an dieser Auffassung üben auch Gower S.122 f, 307 f, sowie Hadden S.297 ff, 305 ff und Fogarty S.115 ff

verkannt, daß der Schutz der Gläubigerinteressen wirtschaftlich ebenso wichtig ist wie die Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen. Nur wenn die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger gewährleistet ist, die als Kreditgeber oder Warenlieferanten eine außerordentlich wichtige Position im gesamten Wirtschaftsgefüge inne haben, kann ein geordneter und flüssiger gesamtwirtschaftlicher Ablauf gewährleistet sein. Dies kommt außerdem der Gesellschaft selbst und ihren Aktionären zugute. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger sind daher in einer aktienrechtlichen Regelung ebenso zu berücksichtigen wie die der Gesellschaft oder deren Aktionäre.

II. Sollen die Interessen der Gesellschaftsgläubiger gewahrt sein, so kann auf die Einrichtung des Grundkapitals und damit konsequenterweise auf Regelungen, die seine vollständige und reale Aufbringung sichern, nicht verzichtet werden. Zwar kann das Grundkapital nicht den Eintritt von Verlusten und die dadurch bedingte Verringerung des Gesellschaftsvermögens auch unter die Ziffer des Grundkapitals verhindern. Es bewirkt aber in Höhe seines Betrages die Bindung von Gesellschaftsvermögen, indem es ein Abfließen an die Gesellschafter verhindert. Da es Gesellschaftsgläubiger in dieser Weise schützt, hat das Grundkapital Daseinsberechtigung trotz der Tatsache, daß Gesellschaftsgläubiger sich im allgemeinen Sicherungsrechte am Gesellschaftsvermögen bestellen lassen. Im übrigen schaffen die Regeln zur Kapitalaufbringung in gewisser Weise die Grundlage zur Bestellung von Sicherungsrechten am Gesellschaftsvermögen, da sie ja das Vorhandensein eines Mindestanfangsvermögens gewährleisten.

III. Die Auffassung des englischen Rechtes, die Interessen der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger seien durch das Prinzip der strengen Publizität gesellschaftlicher Vorgänge ausreichend geschützt und der Schutz durch reale Kapitalaufbringung sei in straffer Ausprägung nicht notwendig, kann nicht überzeugen. Bei grundsätzlicher Bejahung des Grundkapitals und der Regelungen zu seiner Aufbringung ist es inkonsequent, wenn dem subjektiven Schutz der Aktionärs- und Gläubigerinteressen durch Publizität der Vorrang eingeräumt wird vor dem objektiven Schutz durch strikte Befolgung der Regelungen der realen Kapitalaufbringung.

Darüber hinaus ist der Grundsatz der strengen Offenlegung für sich alleine als Schutz ineffektiv. Er setzt Informationsfreudigkeit und Informationsfähigkeit durch das Publikum voraus. Die Wahrnehmung der geschaffenen Informationsmöglichkeiten trifft aber bestenfalls für die Aktionäre zu, auf welche auch in erster Linie die Einrichtungen wie Prospekt, Jahresbericht der Direktoren usw. zugeschnitten sind. Dritte dagegen, die nicht laufend mit der Gesellschaft in geschäftlicher Verbindung stehen, werden diese Informationsquelle kaum nutzen. Auch ist es einfach unrichtig, allgemein die Fähigkeit vorauszusetzen, aus den offengelegten Vorgängen auf die finanzielle Situation der Gesellschaft schließen zu können.

Weiterhin kann Publizität nur dann als Schutz wirksam sein, wenn die Informationen auch richtig sind. Dies ist aber im Companies Act 1948 nicht sichergestellt. Die Registerbehörde prüft lediglich nach, ob die geforderten Informationen publiziert wurden, nicht dagegen, ob sie richtig sind[1]. Im englischen Recht müßte daher die Richtigkeit der zu publizierenden Angaben einer präventiven Kontrolle unterzogen werden[2], oder es müßte im Fall der Unrichtigkeit der zu publizierenden Vorgänge ein ausgeprägteres Haftungssystem eingreifen.

Daß trotz der liberalen Auffassung, die sich im Companies Act 1948 hinsichtlich des Prinzips der Kapitalaufbringung zeigt, der Gesamtwirtschaftsablauf in England keiner größeren Störungen ausgesetzt ist, muß Faktoren zugeschrieben werden, die außerhalb des Companies Act 1948 liegen.

Die liberalen Regelungen können im allgemeinen nicht von größeren Gesellschaften zu Manipulation und Betrug ausgenützt werden, da diese sich einer wesentlich stärkeren Kontrolle bei der Führung eines Unternehmens ausgesetzt sehen als kleine Gesellschaften. So gibt schon eine größere Anzahl von Aktionären, denen gegenüber die Direktoren verantwortlich sind, bessere Gewähr für eine ordnungsgemäße Führung des Unternehmens, als wenn der Kreis der Aktionäre nur auf eine Handvoll Gründer beschränkt ist. Darüber hinaus wird größeren Gesellschaften naturgemäß im Wirtschaftsleben mehr Aufmerksamkeit gewidmet.

---

1) Zum Kontrollsystem im englischen Recht vgl. Hadden S.309 ff

2) Das Jenkins Committee forderte für die Registerbehörde jedoch lediglich die Berechtigung, unklare oder irreführende Prospekte abzulehnen, vgl. Cmnd.1749, para.252

Bei größeren Gesellschaften sind Aktionäre und Gläubiger aber insbesondere dann geschützt, wenn die Aktien der Gesellschaft an einer Börse gehandelt werden. Die Regeln der 'Federation of Stock Exchanges in Great Britain and Ireland' sichern weitaus besser die Aufbringung des Gesellschaftskapitals und Publizität als der Companies Act 1948. Die Einhaltung der Erfordernisse wird überprüft, bevor die Erlaubnis zur Notierung der Aktie an der Börse erteilt wird. Die Börsenregelungen verlangen alsoauch den objektiven Schutz der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger.
Die liberale Auffassung hinsichtlich der Kapitalaufbringung wird daher meist nur von Kleinstgesellschaften, meist 'private companies', zu betrügerischen Machenschaften ausgenützt[1]. Dies hat aber keinerlei Einfluß auf den gesamtwirtschaftlichen Ablauf. Im übrigen wird gerade bei kleineren und mittleren Gesellschaften, deren geringes Aktienkapital nur geringen Gläubigerschutz bietet, die beschränkte Haftung der Gesellschafter, also eine der Errungenschaften des englischen Gesellschaftsrechts, häufig durch Vereinbarung ausgeschlossen[2].

Die Information, die den Gesellschaftsgläubigern auf Grund der Publizitätsvorschriften des Companies Act 1948 geboten wird, wird im allgemeinen weiter ergänzt. Einmal setzt man in England voraus, daß sich Dritte selbst über die finanziellen Verhältnisse einer Gesellschaft informieren, deren Gläubiger sie sind oder werden. Des weiteren werden häufig Vereinbarungen zwischen Gesellschaften und deren Geschäftspartnern über weitere Informationen an diese getroffen. Den Gläubigern gehen dann in bestimmten Zeitabständen Zwischenberichte zu[3].

Daß sich die freizügige Regelung der Kapitalaufbringung in England nicht negativ auswirkt, liegt sicherlich auch an der Mentalität und dem Geschäftsgebaren des englischen 'business man', dessen Erfolg nicht nur von seinem Können, sondern in hohem Maße von seinem Ruf in der Geschäftswelt und von dem Vertrauen abhängt, das man ihm entgegenbringt.

---

1) Vgl. hierzu Hadden S.294 ff

2) Es wird auch verschiedentlich in der Literatur die Aufhebung der beschränkten Haftung bei kleinen Gesellschaften gefordert, vgl. Hadden S.298,331; Fogarty S.79 ff

3) Vgl. hierzu Fogarty S.121

D. Als Ergebnis kann daher festgestellt werden, daß die großzügige Handhabung der Sicherung der Kapitalaufbringung, wie sie im englischen Companies Act 1948 verwirklicht wurde und wie sie auch prinzipiell de lege ferenda in England vorgesehen ist, zwar in England möglich ist, für das deutsche Aktienrecht aber nicht empfehlenswert ist. Mögen die strikten Regelungen des deutschen Aktiengesetzes auch im Einzelfall zu Verzögerungen bei der Gründung einer Gesellschaft oder bei der Kapitalerhöhung führen, mögen sie bei der Schaffung der Kapitalbasis der Gesellschaft nicht die gleiche Flexibilität bieten wie die englischen Regelungen, sie stellen jedenfalls einen starken objektiven Schutz für Aktionäre und Gläubiger dar und garantieren daher viel sicherer einen geordneten und störungsfreien Ablauf der Gesamtwirtschaft, der wohl dem Sicherheitsbedürfnis in Deutschland entspricht. Zur Übernahme in das deutsche Aktienrecht geeignet sind daher allenfalls einzelne Regelungen des englischen Rechtes, welche der Gesellschaft mehr Bewegungsspielraum gewähren, ohne daß jedoch hierdurch für das Kapital und die Gesellschaftsgläubiger Gefahren entstehen.

Auch die Bestrebungen zur europäischen Koordinierung des Gesellschaftsrechtes zielen im übrigen auf einen starken Aktionärs- und Drittschutz durch straffe Regelung der Kapitalaufbringung ab[1]. Der englische Gesetzgeber wird daher, wenn Großbritannien Mitglied des Gemeinsamen Marktes wird, im Zuge der Harmonisierung der europäischen nationalen Gesellschaftsrechte eher seine liberale Auffassung an die strengeren Richtlinien der Gemeinschaft angleichen müssen.

---

1) Vgl. den Entwurf einer Zweiten Richtlinie zur Koordinierung gesellschaftsrechtlicher Schutzbestimmungen auf der Grundlage von Art.54 Abs.3 lit.g EWG-Vertrag vom 9.3.1970 sowie die inhaltlich hiermit übereinstimmenden Regelungen im Titel III. 1.Abschn. des Vorschlages eines Statuts für Europäische Aktiengesellschaften vom 24.6.1970

Lebenslauf

Am 2.5.1942 wurde ich als erster Sohn des Personalgutachters Dr.phil. Otto Drude und seiner Ehefrau Ursula, geb. Gedan, in München geboren. Im Herbst 1948 trat ich die Schulausbildung an, die ich im Juli 1963 mit Absolvierung der Reifeprüfung am Alten Realgymnasium in München beendete. Vom Oktober 1963 bis April 1965 unterzog ich mich dem gesetzlichen Wehrdienst. Danach studierte ich vom Sommersemester 1965 bis Sommersemester 1969 Rechtswissenschaft an den Universitäten Mainz und München, wo ich im September 1969 das Erste Juristische Staatsexamen ablegte. Seit Februar 1970 befinde ich mich als Rechtsreferendar in Ausbildung am Bayerischen Oberlandesgericht München. Daneben studiere ich seit Sommersemester 1971 an der Universität München Betriebswissenschaft.

BAMBERGER FOTODRUCK · RUDOLF RODENBUSCH
8600 BAMBERG · Pödeldorferstr. 88 Telefon 0951/31299